



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Curso de Graduação em Direito

O DIREITO À PRIVACIDADE E OS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL  
DIANTE DO AVANÇO TECNOLÓGICO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE  
BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Carlos Eduardo Vieira da Silva

Brasília

2016

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Curso de Graduação em Direito

Carlos Eduardo Vieira da Silva

O DIREITO À PRIVACIDADE E OS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL  
DIANTE DO AVANÇO TECNOLÓGICO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE  
BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado como  
requisito parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Doutor Evandro Charles Piza  
Duarte

Brasília  
2016

Carlos Eduardo Vieira da Silva

O DIREITO À PRIVACIDADE E OS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL  
DIANTE DO AVANÇO TECNOLÓGICO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE  
BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado como  
requisito parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília – UnB.

Brasília, 28 de junho de 2016

Banca Examinadora:

---

Professor Doutor Evandro Charles Piza Duarte  
Professor orientador

---

Professor Mestre Rafael de Deus Garcia  
Membro da banca examinadora

---

Professora Mestranda Gisela Aguiar Wanderley  
Membro da banca examinadora

---

Professora Doutora Camila Cardoso de Mello Prando  
Membro suplente da banca examinadora

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Maria do Carmo, por todo o amor, pela paciência e pela luta dedicada à formação dos filhos.

Ao meu pai, Ronald (*in memoriam*), pela confiança e o senso crítico ensinado.

Meus irmãos, Jorge e Sérgio, pelo incentivo e apoio nos desafios do caminho.

À minha esposa, Beth, por ter sido minha maior incentivadora para que eu persistisse neste desafio, especialmente naqueles momentos em que pensava que não aguentava mais. Amor, obrigado.

Ao meu filho, João Lucas, que resolveu aparecer agora, quase no final do curso, para me ajudar com seu sorriso, sua presença, sua fofura.

Ao Dr. Paulo Queiroz, meu chefe, que faz da sua atuação uma motivação àqueles que acreditam que a prática jurídica pode ser diferente e por todo o apoio que me deu ao longo do curso. Da mesma forma, agradeço ao Marcus, companheiro de gabinete, com quem tanto aprendi em nossa convivência diária.

Ao meu orientador, Professor Evandro Piza, pelo acolhimento nesta reta final de curso, pelos ensinamentos e por provocar em seus alunos o senso crítico fundamental para que possamos tentar transformar essa realidade tão injusta e desigual.

Aos amigos, que, sabe-se lá por qual razão, sempre me motivaram.

Por fim, mas talvez deveria ser primeiramente, agradeço à Universidade de Brasília, instituição na qual estudo há tanto tempo. Aqui, aprendi a questionar, questionar e questionar. Acho que, no fim das contas, é pra isso que servem as instituições de ensino, afinal, como nos ensina Paulo Freire, *A função do professor não é transmitir informação, mas criar as condições para a produção do conhecimento*. Além disso, pude conhecer amigos e mestres que, de alguma forma, seguem e seguirão comigo. Um dia eu volto, UnB, até breve.

*Não serei o poeta de um mundo caduco.  
Também não cantarei o mundo futuro  
Estou preso à vida e olho meus companheiros  
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças  
Entre eles, considero a enorme realidade  
O presente é tão grande, não nos afastemos  
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas*

Carlos Drummond de Andrade

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar de que forma o direito à privacidade pode servir como uma proteção aos indivíduos contra eventuais arbitrariedades cometidas pela ação investigatória do Estado, especialmente quando tal prática se dá mediante o uso das novas ferramentas de informação e comunicação. Busca-se compreender de que forma se deu o reconhecimento, na jurisprudência estadunidense, do direito à privacidade como um meio de obstar essas ações intrusivas. Além disso, serão analisados, de forma pormenorizada, os casos *Katz v. United States* e *Riley v. California*, com vistas a compreender os argumentos utilizados pela Suprema Corte Norte-americana para fundamentar as decisões neles proferidas e de que forma as premissas estabelecidas nesses casos dialogam com precedentes daquela Corte, bem como a influência que exerceram sobre decisões posteriores e como podem servir de parâmetro para novos casos. Finalmente, objetivamos analisar de que forma a doutrina brasileira se posiciona acerca de alguns dos princípios e institutos jurídicos que foram objeto de discussão no julgamento dos casos da Corte Constitucional estadunidense, visando compreender o entendimento majoritário nacional e observar possíveis semelhanças e divergências no tratamento dado por cada um dos países. Nesse sentido, será apresentado um panorama do atual posicionamento doutrinário com relação ao direito à privacidade, à proteção ao sigilo de dados e aos requisitos exigidos para realização de buscas pessoais. Por fim, iremos analisar duas decisões judiciais dos tribunais brasileiros (STF e STJ) com o fito de comparar a atuação das duas cortes.

**Palavras-chave:** direito à privacidade, sigilo de dados, busca e apreensão, *Katz v. United States*, *Riley v. California*, investigação policial, novas tecnologias.

## ABSTRACT

This study intends to analyse how the right to privacy can serve as a protection to individuals against eventuals arbitrariness committed by the investigative action of the State, especially when such practice is by giving the use of new information and communication tools. We pursued to understand how the right to privacy was recognized as a way to prevent these intrusive actions. Moreover, those acts were analyzed in detail in the cases *Katz v. United States* and *Riley v. California*, in order to understand the arguments used by the Supreme Court of the United States to base their decisions and how the premises established in these cases dialogue with precedents of that Court and the influence exerted on subsequent decisions and how they can serve as parameter to new cases. Finally, this study aimed to understand how the Brazilian doctrine stands on some of the principles and legal institutions that have been the subject of discussion in adjudicating cases of American Constitutional Court, to understand the national prevailing understanding and observe possible similarities and differences in the treatment given by each country. In this sense, it was presented an overview of the current doctrinal position regarding the right to privacy, the protection of the confidentiality of data and the requirements for conducting personal searches. Finally, two precedents of the Brazilian courts (STF and STJ) were presented and discussed to compare the performance of each country court.

**Keywords:** right to privacy, data confidentiality, search and seizure, *Katz v. United States*, *Riley v. California*, police investigation, new technologies.

## SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>09</b>
<b>1 As novas tecnologias e os limites da investigação criminal impostos pelo direito à privacidade: uma análise da jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana a partir dos casos <i>Katz v. United States</i> e <i>Riley v. California</i></b>	
<b>1.1 Introdução.....</b>	<b>14</b>
<b>1.2 A Corte Warren.....</b>	<b>15</b>
<b>1.3 O direito à privacidade e seus reflexos diante do poder investigatório do Estado...</b>	<b>20</b>
<b>1.4 Uma breve explicação sobre a Quarta Emenda à Constituição Norte-americana...</b>	<b>25</b>
<b>1.5 O caso <i>Katz v. United States</i> (1967).....</b>	<b>27</b>
<b>1.5.1 Análise do caso <i>Katz</i>.....</b>	<b>33</b>
<b>1.5.2 <i>Katz</i> ainda vive?.....</b>	<b>37</b>
<b>1.6 O caso <i>Riley v. Califórnia</i> (2014).....</b>	<b>42</b>
<b>1.6.1 Análise do caso <i>Riley v. Califórnia</i>.....</b>	<b>50</b>
<b>1.7 Conclusão do 1º capítulo: Estado, na dúvida, não ultrapasse.....</b>	<b>54</b>
<b>2 O direito à privacidade como instrumento de proteção do indivíduo diante da ação investigatória estatal no Brasil: posicionamento de doutrina e análise de precedentes....</b>	
<b>Introdução.....</b>	<b>55</b>
<b>2.1 O direito à privacidade na legislação e na doutrina brasileira.....</b>	<b>56</b>
<b>2.2 O sigilo de dados.....</b>	<b>59</b>
<b>2.3 Busca e apreensão.....</b>	<b>64</b>
<b>2.5 Análise do HC 91.867/PA, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2012.....</b>	<b>68</b>
<b>2.6 Análise do RHC 51.531/RO, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2016...</b>	<b>73</b>
<b>2.7 Conclusão do 2º Capítulo: Ideias fora do lugar.....</b>	<b>76</b>
<b>Conclusão.....</b>	<b>83</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>87</b>



## Introdução

Recentes decisões da justiça brasileira<sup>1</sup>, por meio das quais foi determinado o bloqueio do aplicativo de troca de mensagens eletrônicas, dados e conversas, WhatsApp, chamaram a atenção sobre a adequação desse tipo de decisão judicial frente aos prejuízos ocasionados aos usuários a partir de seu cumprimento. Nessas duas situações, a medida foi adotada após a administradora do aplicativo não atender às requisições judiciais referentes ao envio de dados e comunicações de usuários investigados.

Como consequência imediata desses bloqueios, foi possível observar a rápida adesão dos usuários a outras redes de comunicação de dados, como o Telegram, por exemplo<sup>2</sup>. Essas decisões foram reformadas pelas instâncias superiores, ainda no curso de suas execuções, e os serviços restabelecidos, sendo objeto de diversas críticas nesse período<sup>3</sup>.

A menção a esses fatos é para exemplificar os desafios impostos pelas novas tecnologias da informação à aplicação das leis por agentes do Estado, em especial para o exercício de sua função persecutória. Isso porque a dinâmica e a constância das mudanças impedem que o legislador discuta e aprove, de forma tempestiva, leis capazes de regulamentar a ação estatal diante dessas inovações. Essa constatação conduz ao questionamento acerca da real possibilidade de atualização legal para acompanhar essas permanentes transformações da realidade fática e coloca em xeque o papel do judiciário frente a essas demandas.

A pretensão de controlar e monitorar a operação das novas tecnologias, utilizando-se da mesma lógica aplicada aos meios tradicionalmente utilizados para a realização das diversas atividades cotidianas, demonstra-se, de plano, inadequada. No exemplo referido, os usuários comuns rapidamente encontraram outros meios para dar continuidade às suas comunicações, assim como, possivelmente, os agentes investigados também o fizeram, mantendo seus contatos com fins provavelmente ilícitos. Além disso, o gestor do aplicativo informou que não poderia fornecer as informações solicitadas, haja vista não armazená-las em seu banco de dados, e afirmou ter implementado a criptografia “ponta-a-

---

<sup>1</sup>Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/12/1719934-justica-determina-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-brasil-por-48-horas.shtml> e <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/05/1766869-justica-determina-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-o-brasil-por-72-horas.shtml>> Acesso em 13/4/2016.

<sup>2</sup>Disponível em <<https://tecnoblog.net/174411/telegram-2-milhoes-usuarios-brasil-whatsapp/>>

<sup>3</sup><http://www.conjur.com.br/2016-mai-03/desembargador-tj-determina-desbloqueio-whatsapp>> Acesso em 10/5/2016

ponta”, com vistas justamente a impedir qualquer tipo de ingerência nas transmissões de dados realizadas por seus clientes.<sup>4</sup>

Por outro lado, esses mesmos meios, que em alguns aspectos dificultam a atividade de vigilância do Estado, também vulnerabilizam a proteção à privacidade dos indivíduos, na medida em que cada vez mais esta pode ser violada de forma remota e imperceptível. Além disso, os próprios usuários desses serviços informacionais (redes sociais, aplicativos etc.) fornecem seus dados pessoais e dessa forma tornam acessíveis a terceiros informações que não desejam compartilhar.

No contexto dessa discussão, sempre há quem repita o jargão popular segundo o qual “se alguém não tem nada a esconder, não tem nada a temer”, como se apenas criminosos tivessem interesse em manter longe dos olhos do restante da sociedade as suas comunicações pessoais, seus costumes, seus relacionamentos, sua rotina, seus gostos, suas realizações pessoais, seus pensamentos. Esse ponto de vista não reconhece como legítima a intenção do indivíduo de querer manter apenas em seu âmbito particular, pessoal, essas informações, preservando-se no direito de dividi-las apenas com quem, de forma livre, escolher<sup>5</sup>.

Contudo, essa afirmativa pode trazer consequências indesejadas inclusive para aqueles que a propagam, visto que tal assertiva ignora uma série de outros problemas decorrentes da coleta, divulgação e uso de informações privadas para fins que vão para além da investigação policial. Além disso, a vigilância indiscriminada inibe, dentre outros direitos, o exercício de liberdades democráticas, como a livre associação e a livre manifestação do pensamento. Em síntese, a privacidade é uma liberdade pessoal, um direito a ser exercido, com ainda maior proteção, por aqueles que não têm nada a esconder<sup>6</sup>. Dessa forma, a crença de que aumentar os limites da flexibilização do direito à privacidade não prejudica aqueles não envolvidos em ações delituosas é de todo infundada e seu avanço pode criar um ambiente favorável para a restrição arbitrária de um direito fundamental ao exercício da liberdade.

---

4 Disponível em <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2016/04/entenda-o-que-e-criptografia-de-ponta-ponta-utilizada-pelo-whatsapp>> Acesso em 13/5/2016.

5 FRIEDMAN, Sandra de Castro **Arcabouço teórico para discussões sobre o panorama multifacetado da privacidade na era digital**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2013. p. 30-31

6 FRIEDMAN, Sandra de Castro **Arcabouço teórico para discussões sobre o panorama multifacetado da privacidade na era digital**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2013. p. 30-31

Assim, a discussão sobre os limites da privacidade diante da pretensão investigatória estatal deve ser tratada considerando a complexidade que lhe é inerente, sem se absolutizar esse direito, e menos ainda banalizar as possibilidades de sua violação. Ressaltando-se que nesse caso não há falar em prevalência do interesse público com relação a ele. Nesse exato sentido, Antônio Scarance Fernandes discorre sobre o aumento do risco de violação à privacidade diante do avanço tecnológico, bem como acerca da necessidade de critérios mais rigorosos para a flexibilização dessa garantia diante do sempre alegado interesse público:

Alguns fatos aumentaram os riscos de invasões na esfera de privacidade do ser humano, com o perigo de serem conhecidos os seus segredos, de ser devassada a sua vida particular. Para isso contribuiu bastante o avanço tecnológico que facilitou o acesso não consentido aos dados reservados das pessoas. Também colaborou a excessiva prevalência dada ao fator público ou social em detrimento do individual.

Tem-se justificado, muitas vezes, a invasão da privacidade exatamente com o argumento da preponderância do interesse público na apuração dos crimes, principalmente dos mais graves, sobre os interesses da pessoa acusada. Contudo, é preciso cautela. Não se pode negar a necessidade da quebra do sigilo para a obtenção de prova, mas, por outro lado, repudia-se o desprezo aos direitos e às garantias da pessoa investigada ou acusada.<sup>7</sup>

Diante desse cenário, este trabalho, cuja ideia surgiu a partir das discussões realizadas no curso da disciplina Práticas e Atualidades em Direito: Direito Processual Penal Comparado (Brasil X EUA), oferecida por essa Faculdade de Direito, ministrada pelo Professor Dr. Evandro Piza, tem por objetivo analisar de que forma o direito à privacidade pode servir como uma proteção aos indivíduos contra eventuais arbitrariedades cometidas pela ação investigatória do Estado, especialmente quando tal prática se dá mediante o uso das novas ferramentas de informação e comunicação. Para isso, esta monografia foi dividida em dois capítulos.

No primeiro capítulo, busca-se compreender de que forma se deu o reconhecimento, na jurisprudência estadunidense, do direito à privacidade como um meio de obstar as ações intrusivas do Estado. Assim, serão referidos marcos históricos importantes na consolidação desse direito, bem como será realizada uma breve análise do contexto no qual a

---

<sup>7</sup>FERNANDES, Antônio Scarance. **O sigilo e a prova criminal**. Ciências Penais | vol. 4/2006 | p. 153 - 164 | Jan - Jun / 2006. p. 1

decisão do caso *Katz v. United States* (1967)<sup>8</sup> foi tomada, dada a relevância daquele período, conhecido como Corte de Warren, para a afirmação de direitos e garantias individuais naquele país.

Após isso, serão analisados, de forma pormenorizada, os casos *Katz v. United States*<sup>9</sup> e *Riley v. California*. O objetivo dessas análises será compreender os argumentos utilizados pela Suprema Corte Norte-americana para fundamentar as decisões neles proferidas. Ademais, será discutido de que forma as premissas estabelecidas nesses casos dialogam com precedentes daquela Corte, bem como a influência que exerceram sobre decisões posteriores e como podem servir de parâmetro para novos casos.

No segundo e último capítulo, objetivamos analisar de que forma a doutrina brasileira se posiciona acerca de alguns dos princípios e institutos jurídicos que foram objeto de discussão no julgamento dos casos da Corte Constitucional estadunidense, visando compreender o entendimento majoritário nacional e observar possíveis semelhanças e divergências no tratamento dado por cada um dos países. Nesse sentido, será apresentado um panorama do atual posicionamento doutrinário com relação ao direito à privacidade, à proteção ao sigilo de dados e aos requisitos exigidos para realização de buscas pessoais.

Por fim, com o intuito de observar diretamente a prática jurídica nacional sobre essas questões, iremos analisar duas decisões judiciais que tratam do mesmo tema discutido em *Riley v. California*, ou seja, a possibilidade de acesso aos dados contidos em aparelhos celulares encontrados com pessoas presas ou detidas por agentes policiais. A primeira será o HC 91.867/PA, julgado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em 2012<sup>10</sup>, no qual a Corte entendeu que era improcedente o pedido de exclusão da prova obtida por meio do acesso aos dados constante do aparelho de telefone celular do preso. Já a segunda decisão será o Recurso em Habeas Corpus nº 51.531 - RO (2014/0232367-7)<sup>11</sup>, julgada em abril deste ano (2016) pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, oportunidade em que esse Tribunal julgou procedente

---

<sup>8</sup>*Katz v. United States* 389 U.S. 347, 1967. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

<sup>9</sup>*Katz v. United States* 389 U.S. 347, 1967. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867/PA. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. data de publicação: 20/09/2012. DJE nº 185, divulgado em 19/09/2012. disponível em <http://www.stf.jus.br/>

<sup>11</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 51531/RO. Sexta Turma. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJE 09/05/2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>

o recurso e determinou o desentranhamento das provas obtidas a partir da busca em aplicativos instalados no aparelho do impetrante.

A metodologia utilizada consistiu na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Com relação ao estudo dos casos norte-americanos, foram utilizados principalmente artigos acadêmicos encontrados a partir de buscas realizadas nas bases de dados disponibilizadas pela Biblioteca Central desta Universidade<sup>12</sup>, especialmente aqueles catalogados pela *Hein Online*. E o estudo da doutrina nacional também contou com textos obtidos em pesquisas nessas bases de dados, com maior ênfase ao catálogo da RT Online. Além disso, buscou-se apresentar conceitos constantes de livros e manuais de doutrinadores nacionais frequentemente citados. Finalmente, a seleção dos casos estadunidenses e brasileiros deu-se em razão da afinidade temática deles com o objeto deste estudo.

---

12 <<http://www.bce.unb.br/bases-de-dados/>>

# Capítulo 1 - As novas tecnologias e os limites da investigação criminal impostos pelo direito à privacidade: uma análise da jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana a partir dos casos *Katz v. United States* e *Riley v. California*

## 1.1 Introdução

O julgamento do caso *Katz v. United States* (1967)<sup>13</sup> marca uma importante mudança no Entendimento da Corte Norte-americana acerca da proteção à privacidade do indivíduo diante do poder de investigação do Estado. Isso porque impõe a exigência de mandado judicial para o exercício da vigilância exercida por meios eletrônicos e ressalta que os cidadãos devem ter sua expectativa de privacidade respeitada, para além de violações físicas à pessoa ou ao direito de propriedade<sup>14</sup>.

Diante disso, neste capítulo esse julgado será analisado ressaltando-se os principais argumentos utilizados, bem como será feita uma breve referência aos precedentes que dialogam com a sua construção, visto que no sistema *common law* é fundamental para compreensão de um determinado caso o entendimento sobre a forma como preceitos estabelecidos em outras decisões estão sendo mantidos ou superados, bem como quais as justificativas que foram apresentadas pelos juízes para isso.

Além disso, também será feita a análise do recente caso *Riley v. California* (2014)<sup>15</sup>, em razão de seu objeto dialogar mais diretamente com um dos objetivos específicos deste trabalho, que é a discussão sobre a possibilidade de acesso a dados digitais armazenados em aparelhos celulares, tanto no contexto norte-americano quanto brasileiro, considerando a relevância dessa questão no atual momento, visto que o uso dessa tecnologia tem aumentado consideravelmente nos últimos anos<sup>16</sup>.

Contudo, antes de analisar especificamente os fundamentos desses casos, é

---

13 *Katz v. United States* 389 U.S. 347, 1967. in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. **Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

14 BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum**. Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

15 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493, 2014. Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

16 Confira-se <<http://marketplace.br.cnova.com/artigo/crescimento-do-mercado-mobile-no-brasil-e-no-mundo/>> Acesso em 18/5/2016

fundamental para compreendê-los uma breve referência ao cenário no qual estão inseridos, especialmente o período marcado por aquela que ficou conhecida como a “Era Warren”, dada a sua importância para a constitucionalização do processo penal norte-americano<sup>17</sup>, e ainda o entendimento de como aquele país compreende o direito à privacidade e sua extensão no campo penal.

## 1.2 A Corte Warren

O julgamento do caso *Katz*<sup>18</sup> ocorre no momento em que a Suprema Corte norte-americana era presidida pelo *Justice* Earl Warren, o qual exerceu essa função entre os anos de 1953 e 1969. Nesse período, foram tomadas diversas decisões no sentido de assegurar a igualdade entre os homens, bem como proteger os direitos individuais. Tratava-se de uma atuação comprometida com o avanço civilizatório e que inspirou diversos militantes mundo afora<sup>19</sup>.

Releva notar, também, que o país passava por um momento de intensa mobilização social em torno da luta por direitos civis e igualdades, o que criou um ambiente favorável às decisões tomadas pela Corte, as quais posteriormente ficaram conhecidas como representantes de um heroísmo contramajoritário (*countermajoritarian heroism*) praticado por ela naquele momento<sup>20</sup>.

O principal destaque dessa atuação se observa com relação às decisões favoráveis à dessegregação racial naquele país<sup>21</sup>. É sob a presidência de Warren que a Corte julga o emblemático caso *Brown v. Board Education* (1954)<sup>22</sup>, no qual houve a superação da

---

17 HERINGER JÚNIOR, Bruno. **A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 115/2015 | p. 61 - 80 | Jul - Ago / 2015 DTR\2015\11455.p. 4

18 *Katz v. United States* 389 U.S. 347, 1967. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

19 BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Revista Interesse Público - IP. Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan. / fev. 2010. p. 10

20 HERINGER JÚNIOR, Bruno. **A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 115/2015 | p. 61 - 80 | Jul - Ago / 2015 DTR\2015\11455.p. 4

21 BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Revista Interesse Público - IP. Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan. / fev. 2010. p. 10

22 *Brown v. Board Education* 347 U.S. 483 (1954). *apud* BARROSO, Luís Roberto, 2010, p. 11

duradoura doutrina dos “separados mas iguais”, cuja orientação vinha sendo adotada desde o caso *Plessy v. Ferguson* (1896)<sup>23</sup>. Em síntese, utilizando-se de argumentos construídos a partir da observação da realidade fática, tais como os prejuízos psicológicos ocasionados às crianças negras decorrentes dessa desigualdade, os juízes, de forma unânime, capitaneados por Warren, determinaram que Linda Brown fosse matriculada na “escola de crianças brancas” que lhe havia denegado a matrícula<sup>24</sup>.

Outra relevante atuação, e que interessa de forma ainda mais direta a este trabalho, ocorreu no âmbito das garantias estabelecidas aos cidadãos submetidos a ações investigativas perpetradas pelo Estado. Houve uma espécie de constitucionalização do processo penal, configurando-se uma revolução nesse âmbito das garantias individuais<sup>25</sup>.

Naquele momento, chamava a atenção dos seguimentos sociais mais progressistas as arbitrariedades policiais cometidas contra as populações negras e pobres, especialmente porque as emendas constitucionais não se aplicavam nos estados, o que limitava o exercício de controle pela Suprema Corte com relação à atividade persecutória estatal. Isso porque a aplicação integral do *Bill of Rights* estava restrita aos crimes federais, sendo que esses representavam apenas uma pequena parte do total de delitos e eram submetidos à arguição de constitucionalidade de forma bastante pontual, dessa forma não se conseguia construir uma doutrina a ser observada pelas cortes estaduais<sup>26</sup>.

Inovando com relação à interpretação dada à Décima Quarta Emenda, promulgada em 1833, cujo conteúdo, em síntese, previa cláusulas do devido processo legal e da igualdade de proteção a todos, a Corte impõe caráter nacional às seguintes garantias e direitos: proibição de buscas e apreensões não razoáveis; regras de exclusão de provas; garantia contra a autoincriminação; direito a não ser julgado mais de uma vez pelo mesmo

---

23 Trata-se do caso em que o cidadão Homer Plessy, que era negro, comprou um bilhete para viajar de trem, sentado em local reservado para brancos. Recusando-se a sair do assento em que estava, foi preso por descumprimento da legislação que amparava esse tipo de segregação. Naquela oportunidade a Suprema Corte entendeu que a prisão era legal, pois a separação não feria a igualdade (*equal protection*). Criava-se, então, a doutrina do “separado mas iguais” (*equal, but separate*). *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896) *apud* BARROSO, Luís Roberto, 2010, p. 10.

24 *Brown v. Board Education* 347 U.S. 483 (1954) *apud* BARROSO, Luís Roberto, 2010, p. 11.

25 HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 115/2015 | p. 61 - 80 | Jul - Ago / 2015 DTR\2015\11455.p. 4

26 HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 115/2015 | p. 61 - 80 | Jul - Ago / 2015 DTR\2015\11455.p. 4



fato; direito a defesa técnica por advogado; direito a um julgamento rápido e público; direito de inquirir testemunhas e de obrigá-las a depor; garantia de um júri imparcial; garantia contra punições cruéis ou incomuns. Essas proteções, de forma genérica, estavam dispostas nas 1.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> e 8.<sup>a</sup> emendas<sup>27</sup>.

Nesse contexto, devem ser destacados os casos *Mapp v. Ohio* (1961), *Gideon v. Wainwright*, *Miranda v. Arizona*, *Katz v. United States* e *Terry v. Ohio*<sup>28</sup>.

Em *Mapp v. Ohio* (1961)<sup>29</sup>, três policiais foram à residência de Dollree Mapp em razão de indícios de que em sua casa estava escondido um suspeito de ter participado de um atentado realizado por convicções políticas. Bateram à porta e foram atendidos por Mapp, a qual os impediu de realizar a busca pretendida até que conversasse com o seu advogado. Após três horas aguardando, os policiais solicitaram novamente a entrada na residência. Contudo, antes que Mapp abrisse a porta, outra entrada da casa foi arrombada pelos policiais, momento no qual a acusada lhes solicitou o mandado e um dos policiais mostrou-lhe um documento, afirmando que era a ordem, porém sem entregá-lo a ela, e esta então tomou-lhe o papel e guardou junto ao seu seio. Subsequentemente, os agentes policiais tomaram o referido documento e a algemaram, visto que estava “beligerante”. Nesse ínterim, o advogado da acusada chegou ao local, porém não lhe foi permitido conversar com sua cliente. Foi realizada a busca em sua casa e encontraram materiais com conteúdo erótico, motivo pelo qual foi presa e posteriormente condenada pela justiça<sup>30</sup>.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte considerou que as provas obtidas a partir da violação de domicílio, sem mandado judicial, ainda que legais considerando a legislação estadual, devem ser excluídas do processo, pois infringem ilegalmente a privacidade protegida pela Quarta Emenda, a qual, por sua vez, passa a ser de observância obrigatória por todos os Estados da federação, visto compor o devido processo legal estatuído pela Décima Quarta

---

27 HERINGER JÚNIOR, Bruno. **A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 115/2015 | p. 61 - 80 | Jul - Ago / 2015 DTR\2015\11455.p. 6

28 LAIN, Corinna Barrett *apud* HERINGER JÚNIOR, 2015, p. 2

29 *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643 (1961)). in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. **Processo Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 126-134

30 *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643 (1961)). in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J., 2012. p. 128

Emenda<sup>31</sup>.

No caso *Gideon v. Wainwright* (1963)<sup>32</sup>, Clarence Eart Gideon, que morava na rua e não dispunha de recursos financeiros mínimos, invade uma sala de jogos e é surpreendido e preso por esse ato. Após isso, foi julgado sem a assistência de um advogado, mesmo após ter solicitado esse direito à corte estadual, a qual o denegou com o argumento de que ele não fazia jus a esse direito por não responder a crime para o qual se poderia impor pena de morte, apesar de ser considerado grave. Diante disso, ele mesmo elabora e remete à Suprema Corte um apelo alegando a inconstitucionalidade do julgamento, visto estar sem assistência de advogado. A Corte acolheu o pedido e entendeu que sempre deverá ser nomeado um defensor público quando o indivíduo que cometer um delito considerado grave não dispuser de um advogado em razão de insuficiência financeira. Essa decisão é especialmente importante, visto que, sem um advogado, o exercício de todos os demais direitos ficam prejudicados<sup>33</sup>.

Outro caso importante julgado nesta época foi *Miranda v. Arizona* (1966). Trata-se de condenação fundamentada a partir da confissão do réu, Ernesto Miranda, na qual este afirma ter cometido os crimes de sequestro e estupro. Após a condenação, apelou para a Suprema Corte alegando que não havia sido informado sobre o seu direito a um advogado, a permanecer calado ou que aquilo que dissesse poderia ser usado contra ele. A Corte, em nova interpretação à Quinta Emenda, determinou que os agentes policiais são obrigados a advertir o suspeito, antes do interrogatório, de que ele tem o direito a um advogado, inclusive um defensor público caso não pudesse contratar um, bem como a permanecer calado, se assim o desejar, pois o que disser poderá ser utilizado em seu desfavor em um eventual julgamento, o que ficou conhecido como o “Aviso de Miranda” (*Miranda warnings*).<sup>34</sup>

Já em *Katz v. United States* (1967), caso que será objeto de análise pormenorizada neste trabalho, houve a criação da doutrina da proteção à razoável expectativa

---

31 *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643 (1961)). in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J., 2012. p. 129

32 *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/case.html>> Acesso em 7/5/2016.

33 *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/case.html>> Acesso em 7/5/2016.

34 *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436, 1966. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>> Acesso em 7/5/2016.

de privacidade, ampliando a defesa desse direito, previsto pela Quarta Emenda, para além da propriedade e dos aspectos físicos, os quais até então eram os únicos para os quais a Corte entendia haver necessidade de prévio mandado judicial<sup>35</sup>.

Por fim, também deve ser referido o caso *Terry v. Ohio* (1968)<sup>36</sup>. Cuida-se da discussão sobre a ação do agente policial que, sem o uniforme da corporação, abordou o apelante, e dois outros indivíduos que estavam com ele, por achar suspeita a atitude deles ao circularem por determinada rua, visto que estes andavam nela de cima para baixo e olhavam pela janela de uma loja. No momento da abordagem, localizou uma arma na posse de Terry e de outro suspeito, motivo pelo qual os prendeu e esses dois foram condenados por portar armas de fogo de forma escondida.<sup>37</sup>

Em julgamento por aquela Suprema Corte, a maioria dos juízes entendeu que, para um agente do Estado parar e revistar (*stop and frisk*) um suspeito bastava a denominada “fundada suspeita”, sendo inexigível uma “causa provável” (*probable cause*) ou mandado judicial, o que significou uma derrota dos movimentos que lutavam para que abordagens arbitrárias realizadas por policiais, em regra contra moradores de periferias e integrantes de minorias raciais, fossem contidas pela Corte<sup>38</sup>.

Como se vê, a chamada “Era Warren” foi efetivamente marcada por um considerável avanço da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana com relação às garantias processuais penais dos indivíduos, devidamente reconhecidas como instrumentos fundamentais para o respeito à liberdade, bem como para a proteção contra intromissões estatais arbitrárias. Também deve ser reconhecida, evidentemente, a importância da mobilização social para o alcance destas conquistas, visto que a pressão da sociedade civil e o ambiente progressista instaurado nos Estados Unidos naquele momento foram essenciais nesse processo<sup>39</sup>.

---

35 *Katz v. United States* 389 U.S. 347, 1967. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

36 *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 88 S. Ct.1868, 20 L. Ed. 2d 889, 1968. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/case.html>

37 *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 88 S. Ct.1868, 20 L. Ed. 2d 889, 1968. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/case.html>

38 HERINGER JÚNIOR, Bruno. *op.cit.* p. 4

39 HERINGER JÚNIOR, Bruno. *op.cit.* p. 4

### 1.3 O direito à privacidade e seus reflexos diante do poder investigatório do Estado

O direito à privacidade, nos Estados Unidos, ganha relevância com a mudança do perfil de sua sociedade, isto é, no momento em que há a transição de um modelo essencialmente agrário e rural para uma maior ocupação de espaços urbanos. Isso se dá em razão dos maiores impactos causados por eventuais intrusões na esfera íntima do indivíduo, bem como pelo aumento do potencial de dano à sua imagem quando se está inserido em um ambiente no qual a circulação de informações é exponencialmente ampliada a partir do avanço dos meios de divulgação, como jornais, revistas etc<sup>40</sup>.

A qualificação da discussão acerca da importância e limites desse direito tem como marco fundador naquele país a publicação do artigo *The Right to Privacy*<sup>41</sup>, de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis, em 1890<sup>42</sup>, no qual os autores questionam a capacidade do sistema de *common law* em proteger o direito dos indivíduos à privacidade<sup>43</sup>. O enfoque dado por eles referia-se à possibilidade de responsabilização civil daqueles que violassem esse direito.

Neste texto, a privacidade foi descrita, em síntese, como o direito do indivíduo a ser deixado só (*the right to be let alone*). Em uma análise contextual, afirmam que o direito à vida passa a ser o direito de aproveitar a vida, o direito de ser deixado em paz, reconhecendo o processo de complexificação da existência experienciado pela sociedade. Também ressaltam que essas transformações sociais, políticas e econômicas implicam o surgimento de novos direitos e a *common law* deve ser sempre jovem no sentido de ter capacidade de atender às novas demandas que lhe são opostas<sup>44</sup>.

---

40 RUARO, R. Linden; RODRIGUEZ, D. Piñeiro Rodriguez. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. Revista de Direito da PUC. 2010.

41 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., *The Right to Privacy*. Harvard Law Review. 193.1890, Disponível em <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)> Acesso em 9/5/2016.

42 FRIEDMAN, Sandra de Castro **Arcabouço teórico para discussões sobre o panorama multifacetado da privacidade na era digital**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Pernambuco – Recife: 2013. p. 24

43 FRIEDMAN, Sandra de Castro, 2013. p. 24.

44 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., *The Right to Privacy*. Harvard Law Review. 193.1890, Disponível em <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)> Acesso em 9/5/2016.

Ainda segundo eles, a lei, há muito, fornece remédio contra interferências físicas nas propriedades e nas pessoas. Por outro lado, afirmam que houve avanços nos direitos de liberdade e uma maior compreensão da importância da natureza espiritual do homem, reconhecendo-se o direito à proteção dos seus sentimentos e do seu intelecto, resultando também numa ampliação dos direitos civis como um todo. Ademais, ressaltam que o direito à propriedade se estende àquilo que é intangível<sup>45</sup>.

É interessante notar que já naquele momento, final do século XIX, os autores chamam a atenção para um maior risco à privacidade, ao direito a ser deixado em paz, em razão das novas invenções tecnológicas<sup>46</sup>, como a foto instantânea, por exemplo. A ênfase do artigo é dada aos impactos da exposição da vida das pessoas, realizada por jornais e revistas da época, cujas publicações exploravam sem pudor as intimidades dos cidadãos que de alguma forma eram descobertas por eles<sup>47</sup>.

Apesar do foco de análise desse clássico artigo ser o aspecto de proteção do direito à privacidade com relação a outros agentes privados, bem como as possibilidades de punição cível e criminal por eventuais intromissões realizadas por particulares, sua publicação também teve reflexos em âmbito penal. Isso porque, além de ter conseguido evidenciar a importância desse direito como uma liberdade do indivíduo oponível a todos, releva notar que Brandeis, um dos autores desse texto, tornou-se juiz da Suprema Corte e foi o primeiro a

---

45 That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the new demands of society. Thus, in very early times, the law gave a remedy only for physical interference with life and property, for trespasses vi et armis. Then the "right to life" served only to protect the subject from battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, -- the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term "property" has grown to comprise every form of possession -- intangible, as well as tangible. (WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., **The Right to Privacy**. Harvard Law Review. 193.1890, Disponível em <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)> Acesso em 9/5/2016.)

46 Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right "to be let alone". Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that "what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., **The Right to Privacy**. Harvard Law Review. 193.1890, Disponível em <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)> Acesso em 9/5/2016.

47 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., **The Right to Privacy**. Harvard Law Review. 193.1890, Disponível em <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)> Acesso em 9/5/2016.

considerar, em seu voto divergente no caso *Olmstead v. United States* (1928)<sup>48</sup>, que há, sim, uma defesa constitucional contra violações da privacidade perpetradas por agentes estatais, mesmo não havendo uma menção explícita ao termo na Quarta Emenda<sup>49</sup>.

O caso *Olmstead v. United States* (1928)<sup>50</sup> cuida do julgamento de Roy Olmstead, que foi preso, junto com outras setenta e duas pessoas, por posse, transporte e venda de álcool, após ter suas atividades monitoradas por meio de escutas telefônicas. Não havia nenhuma lei sobre o uso desse tipo de instrumento pela polícia e a Suprema Corte entendeu que, como os agentes não penetraram nas residências e escritórios onde os telefones estavam instalados, não houve violação aos direitos protegidos pela Quarta Emenda, haja vista não ter havido busca nem invasão física do espaço privado protegido. Dentre os fundamentos, arguíram que as conversas interceptadas não eram tangíveis, logo não poderiam ser objetos de apreensão.<sup>51</sup>

Naquela oportunidade, Brandeis afirmou que:

Quando a Quarta e Quinta emendas foram ratificadas, a forma que o dano até então tomara tinha sido necessariamente simples. Força e violência eram, então, os únicos meios conhecidos pelo homem por meio dos quais um governo poderia afetar diretamente o direito à não autoincriminação. Poderia obrigar o indivíduo a depor compulsoriamente, se necessário, por meio de tortura. Pode garantir a posse de seus documentos e outros artigos referentes a sua vida privada – por meio de uma apreensão realizada por arrombamento, se necessário. A proteção contra a invasão "da santidade da casa de um homem e das intimidades da vida" foi provida pelas Quarta e na Quinta emendas. (...) Mas o tempo opera mudanças, traz à existência novas condições e propósitos. Meios mais abrangentes e sutis de invasão da privacidade se tornaram disponíveis para o Governo. Descobertas e inventos tornaram isso possível para o Governo por meios muito mais eficientes do que a tortura por esticamento, para se obter, em juízo, esclarecimentos do que fora sussurrado no quarto.

(...)

O progresso da ciência em fornecer ao Governo meios de espionagem provavelmente não irá parar com escutas telefônicas. Outras maneiras podem um dia ser desenvolvidas por meio das quais o Governo, sem necessidade de remover papéis de gavetas secretas, pode reproduzi-los no tribunal, expondo em julgamento as ocorrências mais íntimas da casa.

---

48 **OLMSTEAD v. U.S., 277 US 438, 1928. Disponível em**  
<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>>

49 FRIEDMAN, Sandra de Castro, 2013. p. 24.

50 **OLMSTEAD v. U.S., 277 US 438, 1928. Disponível em**  
<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>>

51 **OLMSTEAD v. U.S., 277 US 438, 1928. Disponível em**  
<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>>

(...)

A proteção garantida pelas emendas é muito mais ampla em escopo. Os criadores de nossa Constituição comprometeram-se a garantir condições favoráveis à busca da felicidade. Eles reconheceram a importância da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Eles sabiam que apenas uma parte da dor, prazer e satisfação de vida encontram-se nas coisas materiais. Eles procuraram proteger os americanos em suas crenças, seus pensamentos, suas emoções e suas sensações. **Eles conferiram, também contra o Governo, o direito de ser deixado em paz - o mais abrangente dos direitos, bem como o direito mais valorizado pelos homens civilizados. Para proteger esse direito, cada intrusão injustificada pelo Governo sobre a privacidade do indivíduo, qualquer que seja o meio empregado, deve ser considerada uma violação da Quarta Emenda. E a utilização, como prova em um processo penal, de fatos apurados por tal intrusão deve ser considerada uma violação da Quinta.**<sup>52</sup>. (tradução livre) (grifo nosso)

Como se percebe, Brandeis estava antecipando o que só iria ser observado pelo conjunto da jurisprudência décadas após esse julgamento, visto que já naquele momento entendeu que a proteção à privacidade poderia ser estendida à esfera intangível dos bens humanos, assim como percebeu que a intimidade do indivíduo pode ser severamente violada por meio do uso de novas tecnologias pela vigilância estatal<sup>53</sup>. Essa divergência oposta por ele foi posteriormente utilizada como um dos fundamentos para mudar o entendimento da Corte, conforme veremos adiante neste trabalho, ao analisarmos de forma específica sua influência sobre o caso Katz.

---

*52 When the Fourth and Fifth Amendments were adopted, the form that evil had theretofore taken "had been necessarily simple. Force and violence were then the only means known to man by which a Government could directly effect self-incrimination. It could compel the individual to testify -- a compulsion effected, if need be, by torture. It could secure possession of his papers and other articles incident to his private life -- a seizure effected, if need be, by breaking and entry. Protection against such invasion of the sanctities of a man's home and the privacies of life"was provided in the Fourth and Fifth Amendments by specific language. Boyd v. United States, 116 U. S. 616, 116 U. S. 630. But time works changes, brings into existence new conditions and purposes." Subtler and more far-reaching means of invading privacy have become available to the Government. Discovery and invention have made it possible for the Government, by means far more effective than stretching upon the rack, to obtain disclosure in court of what is whispered in the closet. The progress of science in furnishing the Government with means of espionage is not likely to stop with wiretapping. Ways may someday be developed by which the Government, without removing papers from secret drawers, can reproduce them in court, and by which it will be enabled to expose to a jury the most intimate occurrences of the home. (...)*

*The protection guaranteed by the Amendments is much broader in scope. The makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings, and of his intellect. They knew that only a part of the pain, pleasure and satisfactions of life are to be found in material things. They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone -- the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men. To protect that right, every unjustifiable intrusion by the Government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment. And the use, as evidence in a criminal proceeding, of facts ascertained by such intrusion must be deemed a violation of the Fifth. (Olmstead v. United States. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. 1928. MR. Justice Brandeis de 1928)*

<sup>53</sup>VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Direitos à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 111.

Avançando para a segunda metade do século XX, no qual se insere o caso Katz, é possível observar decisões tomadas pela corte constitucional norte-americana reconhecendo a garantia da privacidade do indivíduo como uma relevante proteção contra a interferência do Estado, em julgamentos nos quais foi dada uma interpretação ampliada a esse direito, com contornos importantes<sup>54</sup>.

A título exemplificativo, cite-se o caso *Griswold v. Connecticut (1965)*<sup>55</sup>, cujo pano de fundo era a liberdade do casal para obter informações médicas e planejar sua família. O julgamento tratou da constitucionalidade de uma lei do Estado de Connecticut que proibia a orientação médica e o uso de métodos contraceptivos. A Corte entendeu que havia nessa proibição uma violação ao direito à privacidade da família, bem como referiu que há diversas outras disposições constitucionais que de alguma forma também protegem as inúmeras “zonas de privacidade” do indivíduo:

Várias garantias criam zonas de privacidade. O direito de associação, contido na penumbra da Primeira Emenda é um. A terceira alteração, na sua proibição contra o aquartelamento de soldados "em qualquer casa" em tempo de paz sem o consentimento do proprietário, é uma outra faceta da privacidade. A Quarta Emenda afirma explicitamente o "direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e efeitos, contra buscas e apreensões." A Quinta Emenda, em sua cláusula de não autoincriminação, permite ao cidadão criar uma zona de privacidade, na qual o governo não pode forçá-lo a render-se em seu detrimento. A nona alteração dispõe: "A enumeração na Constituição, de certos direitos, não deve ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo"<sup>56</sup> (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965))

Além disso, releva destacar que o direito à privacidade foi o principal fundamento da decisão proferida no caso *Roe v. Wade (1973)*<sup>57</sup>, no qual a Suprema Corte norte-americana, ressaltando a dimensão referente à liberdade de escolha e de

---

54 VIEIRA, José Ribas (Coord.). *Direitos à intimidade e à vida privada*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 111.

55 **Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965)**  
<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>>

56 *Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment, in its prohibition against the quartering of soldiers "in any house" in time of peace without the consent of the owner, is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures. The Fifth Amendment, in its Self-Incrimination Clause, enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*

57 VIEIRA, José Ribas (Coord.). *Direitos à intimidade e à vida privada*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 112.



autodeterminação individual inerente a esse direito, julgou inconstitucional a lei do Estado do Texas que criminalizava a prática do aborto. Nesse sentido, justificaram que:

O direito de privacidade, seja ele fundado em um conceito de liberdade pessoal e de restrição sobre a ação do Estado, conforme previsto na Décima Quarta Emenda, como nós sentimos que é, ou, como o Tribunal Distrital determinou, na reserva de direitos pessoais previstos na Nona Emenda, é amplo o suficiente para abranger a decisão da mulher se deve ou não terminar sua gravidez<sup>58</sup>.

Diante desses julgados, observa-se que há um movimento histórico de reconhecer cada vez mais a privacidade do indivíduo como um direito constitucional, tão importante quanto os demais, e, a partir disso, entender que tal direito é oponível ao Estado quando este busca, por qualquer que seja o meio, invadir esse espaço exclusivo do cidadão, seja para proibi-lo de agir de maneira autodeterminada, seja para vigiá-lo e ter acesso àquilo que ele deseja que permaneça no sigilo de sua intimidade.

#### **1.4 Uma breve explicação sobre a Quarta Emenda à Constituição Norte-americana**

A Quarta Emenda é um dos produtos da Revolução Norte-americana, uma salvaguarda contra aquilo que os fundadores consideravam uma das maiores arbitrariedades praticadas pela Coroa inglesa contra os colonizados: buscas e apreensões não razoáveis<sup>59</sup>.

Havia uma regra inglesa, a qual era regularmente executada, consistente em uma autorização genérica (*Writes of Assistance*) para que os oficiais pudessem entrar em qualquer casa, loja, armazéns ou qualquer outro lugar, inclusive com autorização para quebrar portas e trancas em caso de resistência para buscar e apreender itens proibidos. Não era exigida nenhuma base fatural para essa intromissão, os oficiais tinham autorização para invadir qualquer propriedade privada em que quisessem realizar buscas<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup>*This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy.* Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973)

<sup>59</sup> HEMMER, Andrew. **Duty of Candor in the Digital Age: The Need for Heightened Judicial Supervision of Stingray Searches**, 91 Chi.-Kent. L. Rev. 295 (2016).

<sup>60</sup> HEMMER, Andrew. **Duty of Candor in the Digital Age: The Need for Heightened Judicial Supervision of Stingray Searches**, 91 Chi.-Kent. L. Rev. 295 (2016). p. 303

O objetivo dos pais fundadores (*framers*) era que essa prática não se repetisse na nascente Nação Americana. A partir disso, os agentes do governo só poderiam realizar as buscas após demonstrarem a existência de uma causa provável suficientemente fundamentada por outros elementos de prova<sup>61</sup>. A sua redação é a seguinte:

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres (efeitos) contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas<sup>62</sup>. (tradução livre)

Andrew Hemmer explica que a partir dos casos a ela submetidos, a Suprema Corte foi construindo os limites e especificando direitos relacionados a essa emenda, dessa forma estabeleceu que há causa provável *quando os fatos e as circunstâncias que os agentes policiais já conhecem são suficientes para que um homem de cautela razoável possa acreditar que um crime foi ou será cometido*<sup>63</sup>.

Além disso, houve a determinação de que os mandados devem ser executados nos estritos termos por ele dispostos<sup>64</sup>, devendo descrever o lugar, as coisas e as pessoas a serem buscadas e apreendidas<sup>65</sup>. Isso visa impedir buscas de caráter geral e indiscriminada nos pertences das pessoas. Os magistrados têm o dever de impor, detalhadamente, esses limites. Ademais, as cortes de apelação e a doutrina preceituam que também há um dever de sinceridade (*duty of candor*) dos agentes policiais, que consiste na explanação abrangente de tudo que pretendem realizar em tal busca, assim como eventuais prejuízos que podem ser ocasionados a terceiros. Isso é exigido porque o juiz precisa de máxima transparência para

---

61 HEMMER, Andrew. **Duty of Candor in the Digital Age: The Need for Heightened Judicial Supervision of Stingray Searches**, 91 Chi.-Kent. L. Rev. 295 (2016). p. 303

62 *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, [a] against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*

63 *exists where 'the facts and circumstances within their (the officers') knowledge and of which they had reasonably trustworthy information (are) sufficient in themselves to warrant a man of reasonable caution in the belief that' an offense has been or is being committed.* Carroll v. United States, 267 U.S. 132, 162

64 Illinois v. Gates, 462 U.S. 213, 263 (1983) apud HEMMER, Andrew. **Duty of Candor in the Digital Age: The Need for Heightened Judicial Supervision of Stingray Searches**, 91 Chi.-Kent. L. Rev. 295 (2016). p. 303

65 **United States v. Spilotro, 800 F.2d 959, 963 (9th Cir. 1986)** apud HEMMER, Andrew. **Duty of Candor in the Digital Age: The Need for Heightened Judicial Supervision of Stingray Searches**, 91 Chi.-Kent. L. Rev. 295 (2016). p. 303

poder tomar a decisão de forma consciente, observando a totalidade das circunstâncias que a cercam<sup>66</sup>.

Por fim, também foi estabelecida a doutrina do *plain-view*, segundo a qual, caso os policiais encontrem outro item incriminatório no curso da busca, eles podem apreendê-lo, desde que atendidos os seguintes requisitos: o item deve ser à vista do oficial; o seu carácter incriminatório deve ser "imediatamente aparente"; e o agente deve ter um direito legal de acesso ao próprio objeto<sup>67</sup>.

Como se pode ver, a aplicação dada pela Suprema Corte à Quarta Emenda tem sido ampliada ao longo dos anos. Isso se dá porque, conforme já dito, as mudanças sociais e tecnológicas criam contextos imprevisíveis àqueles que criaram essa disposição constitucional, considerando os limites impostos pelas exigências do próprio momento histórico em que foi estatuída. Nos casos a serem analisados a seguir, serão referidas outras transformações e alternâncias sofridas na aplicação desse dispositivo.

## 1.5 O caso *Katz v. United States* (1967)

Consta do resumo dos fatos do caso que Charles Katz utilizava-se de cabines de telefones públicos para transmitir, ilegalmente, informações sobre jogos de azar de Los Angeles para Miami e Boston. O Federal Bureau of Investigation – FBI conseguiu provar essa prática por meio de equipamentos de gravação instalados na parte externa dessas cabines e foram essas informações que fundamentaram a decisão que condenou Katz<sup>68</sup>.

Diante disso, o réu recorreu à Suprema Corte alegando que houve violação à Quarta Emenda, considerando que a cabine telefônica é uma área constitucionalmente protegida, sendo vedada, portanto, intromissão alheia neste local, motivo pelo qual as provas obtidas a partir dessa ação ilegal devem ser desconsideradas e determinada a sua absolvição<sup>69</sup>.

---

66 HEMMER, Andrew, *op.cit.* p. 303

67 HEMMER, Andrew, *op.cit.* p. 303

68 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

69 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

Por sua vez, o Governo americano alegou que os referidos dispositivos utilizados para gravação das conversas foram instalados na parte exterior da cabine e, dessa forma, não houve invasão. Além disso, argui também que as paredes da cabine são de vidro transparente, motivo pelo qual a privacidade do usuário já fica naturalmente exposta, independentemente do uso de qualquer técnica mecânica para observá-lo<sup>70</sup>.

O Tribunal de apelação que manteve a condenação alegou, em síntese, que a Quarta Emenda não foi ofendida, pois não houve entrada física na área ocupada por Katz<sup>71</sup>.

No julgamento pela Suprema Corte Norte-americana, a condenação foi revista com sete votos a favor de Katz e um divergente, sendo este proferido pelo *Justice* Black. Em seu voto, adotado como opinião da Corte, o *Justice* Stewart argumenta que para resolver a essa controvérsia a abordagem proposta pela defesa, ou seja, se houve ou não violação de espaço físico protegido, não é o melhor caminho. Ele diz que para verificar a proteção da Quarta Emenda, no caso, não se deve observar apenas o aspecto de “a área constitucionalmente protegida” ou de invasão física<sup>72</sup>.

Uma das teses fundamentais do seu voto é a de que esse dispositivo constitucional protege as pessoas, não os lugares. Isto é, o que se protege é aquilo que a pessoa quer conservar como privado. Dessa forma, não se há de observar apenas se houve ou não uma intromissão física em determinado recinto. Ele explica que de fato havia a perspectiva da proteção relacionada à invasão física e busca e apreensão de coisas tangíveis, conforme determinado no precedente *Olmstead v. United States* (1928). Porém, refere que a Corte já tem precedente (caso *Silverman v. United States*<sup>73</sup>) no sentido de que a quarta emenda

---

70 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

71 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

72 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

73 Neste caso, os policiais desconfiavam que na casa de Silverman ocorriam práticas de jogos ilegais, diante disso, instalaram, a partir de autorização do vizinho, equipamentos que captavam e ampliavam o som do interior da residência, especialmente a partir do contato com os dutos utilizados para aquecimento da casa, os quais passaram a funcionar como condutores de som, permitindo aos agentes policiais ouvir o que se passava no local. As informações obtidas por meio dessa prática foram levadas ao processo pelo depoimento dos policiais que ouviram tais conversas. O tribunal considerou que essas provas eram ilegais, pois teria havido uma invasão do espaço constitucionalmente protegido, considerando o uso dos dutos de aquecimento da casa. *Silverman v. United States* 365 U.S. 505 (1961) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/505/case.html>>

protegia também coisas intangíveis, como as conversas.<sup>74</sup>

Dentre os argumentos do governo está o de que o revestimento da cabine era transparente de modo que a pessoa poderia ser igualmente vista dentro ou fora dela. Mas, afirma o juiz, o que o acusado buscou proteger quando entrou nela não foi sua imagem, mas a conversa.<sup>75</sup>

Além disso, o governo afirma que havia outros fortes indícios de que o réu estava utilizando aquele equipamento para transmitir as informações dos jogos para outros Estados e que teria envidado esforços para ouvir apenas as conversas do investigado, o que afastaria o caráter arbitrário da ação.<sup>76</sup>

Contudo, segundo o *Justice Stewart*, o governo utiliza uma inovação para defender-se nesse caso: a autorização judicial seria dispensável se houvesse causa provável para a ação dos agentes policiais e essa é uma premissa que tende a possibilitar ações que posteriormente sejam justificadas em razão das provas obtidas mediante a violação da garantia constitucional, ou seja, dessa forma deixa-se a implementação dessas medidas ao arbítrio (discricionabilidade) das forças policiais. Não seria observada a necessidade de um processo antecedente de justificação.<sup>77</sup>

Diante disso, Stewart afirma que, já que se estava diante de tal situação, isto é, de causa provável, os policiais deveriam requerer autorização judicial para executar essa vigilância, conforme exigido pela Constituição. Isso seria o correto diante de tais circunstâncias. Ele afasta, ainda, o argumento do governo de que não poderia ter feito essa diligência e reitera que o que se requer é uma espécie de validação retroativa da conduta, o que não pode ser admitido. Enfim, os policiais deveriam ter submetido seu pedido para que o juiz determinasse os limites precisos em que a ação investigativa deveria ocorrer.<sup>78</sup>

---

74 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

75 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

76 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

77 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

78 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

O *Justice* Stewart ressaltou que a Corte não tem validado ações nas quais os policiais realizam ações intrusivas a partir de suas próprias convicções. Isso porque a Constituição exige a intervenção de juiz imparcial interposto entre o cidadão e a polícia. Assim, ações policiais invasivas sem mandado judicial, por si só, não são razoáveis para a Quarta Emenda, a qual estabelece claramente as exceções. Ademais, a execução de tais medidas não pode ser justificada apenas por razões de perseguição.<sup>79</sup>

Em síntese, no caso a polícia não cumpriu o procedimento de anterior verificação, o que é central para a Quarta Emenda, isso porque o indivíduo deve estar sempre protegido de buscas e apreensões não razoáveis. Além disso, uma pessoa que age de tal forma acredita que suas palavras não serão difundidas para o mundo.<sup>80</sup>

Ademais, o relator enuncia a necessidade de superação da doutrina da transgressão física, considerando o emprego dos meios eletrônicos, pelo governo, em gravações telefônicas. Segundo ele:

Conclui-se que as bases de *Olmstead* e *Goldman* têm sido tão corroídas por nossas decisões subsequentes que a enunciada “doutrina da transgressão” pode deixar de ser considerada como um meio de controle. As atividades do Governo em ouvir e gravar eletronicamente as palavras do apelante violaram a privacidade que ele justificadamente invocou durante o uso da cabine de telefone e, portanto, constitui uma “busca e apreensão”, na acepção da Quarta Emenda. O fato de que o dispositivo eletrônico empregado para atingir esse fim não foi usado para penetrar a parede da cabine pode ter nenhum significado constitucional (tradução livre).<sup>81</sup>

Além desses argumentos, o voto mais significativo, do ponto de vista de criar a referência fundamental que será posteriormente utilizada em outros julgados, foi o

---

79 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

80 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

81 *We conclude that the underpinnings of *Olmstead* and *Goldman* have been so eroded by our subsequent decisions that the “trespass” doctrine there enunciated can no longer be regarded as controlling. The Government’s activities in electronically listening to and recording the petitioner’s words violated the privacy upon which he justifiably relied while using the telephone booth and thus constituted a “search and seizure” within the meaning of the Fourth Amendment. The fact that the electronic device employed to achieve that end did not happen to penetrate the wall of the booth can have no constitutional significance.* Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)

concorrente, do *Justice Harlan*<sup>82</sup>. Para ele, decorre da premissa de que a Quarta Emenda protege as pessoas, e não os lugares, dois requisitos para aferição dessa garantia: o primeiro é que a pessoa expôs uma expectativa real (subjéctiva) de intimidade; o segundo é que essa expectativa seja razoável para os demais integrantes da sociedade (objéctiva):

Como afirma o parecer do Tribunal, "a Quarta Emenda protege pessoas, e não lugares". A questão, porém, é o que a proteção proporciona a essas pessoas. Geralmente, como aqui, a resposta a essa pergunta requer referência a um "lugar". Meu entendimento da regra que surgiu a partir de decisões anteriores é que há uma dupla exigência, em primeiro lugar que uma pessoa exhiba uma real (subjéctiva) expectativa de privacidade e, segundo, que essa expectativa esteja conforme aquilo que a sociedade está disposta a reconhecer como "razoável". Assim, a casa de um homem é, na maioria dos casos, um lugar onde ele espera ter privacidade, mas os objetos, atividades ou declarações que ele expõe a "visão clara" de pessoas de fora não estão "protegidas", porque não há intenção de mantê-los para si mesmo, visto que as exibiu. Por outro lado, conversas em lugares abertos não estariam protegidas contra escutas, para a expectativa de privacidade nessas circunstâncias não seria razoável. (tradução livre)<sup>83</sup>

Dessa forma, no caso em que uma pessoa entra em uma cabine e a fecha, é razoável sua expectativa de privacidade para realizar suas chamadas telefônicas. Nesse ambiente, assim como em casa, a pessoa tem razoável expectativa de privacidade.

Em síntese, conclui que: uma cabine telefônica é como uma casa para fins de proteção à privacidade, visto que nela a pessoa tem uma razoável expectativa de privacidade; que a violação (intrusão) eletrônica é como a invasão física para fins de proteção da quarta emenda; e que a invasão de uma área constitucionalmente protegida sem prévia autorização judicial é presumivelmente não razoável<sup>84</sup>.

---

82 BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

83 *As the Court's opinion states, the Fourth Amendment protects people, not places. "The question, however, is what protection it affords to those people. Generally, as here, the answer to that question requires reference to a place. "My understanding of the rule that has emerged from prior decisions is that there is a twofold requirement, first that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as reasonable. "Thus a man's home is, for most purposes, a place where he expects privacy, but objects, activities, or statements that he exposes to the plain view" of outsiders are not protected because no intention to keep them to himself has been exhibited. On the other hand, conversations in the open would not be protected against being overheard, for the expectation of privacy under the circumstances would be unreasonable.*

84(a) *that an enclosed telephone booth is an area where, like a home, Weeks v. United States, 232 U. S. 383, and unlike a field, Hester v. United States, 265 U. S. 57, a person has a constitutionally protected reasonable*

Em voto contrário, o *Justice Black* alega que no momento da redação da Quarta Emenda não era possível prever a possibilidade de interceptações telefônicas, porém, já havia o costume de ouvir conversas por outros meios, o que era de conhecimento dos que a elaboraram, dessa forma, caso tivessem por objetivo proteger esse tipo de situação, teriam registrado de forma explícita e não deixado para interpretação dos futuros juizes a criação desse entendimento<sup>85</sup>.

Ainda segundo ele, o fundamental é ater-se ao que a linguagem da Quarta Emenda expressa. Nesse sentido, diz que ela se refere a coisas que têm tamanho, forma e peso possíveis de serem buscadas e apreendidas. No entanto, uma conversa telefônica é intangível, logo não pode ser buscada ou apreendida. Acrescenta, também, que a previsão é para coisas que podem ser descritas, ou seja, devem existir previamente, o que não é o caso de uma possível futura conversa telefônica<sup>86</sup>. Por fim, diz que à época da promulgação da emenda já havia histórico de investigações sobre captações de conversas por meio de espionagem pessoal, isto é, investigadores escutando, pelas portas ou escondidos, conversas de investigados. Dessa forma reitera que se os legisladores desejassem proibir esse tipo de espionagem a teriam citado explicitamente, com linguagem apropriada no texto da Quarta Emenda e que a Corte, até então, não tinha aplicado esse tipo de entendimento.

Finalmente, para ele, a espionagem, nem antes e nem atualmente, seriam objetos de proteção da Quarta Emenda e, além disso, poucas coisas não afetariam a intimidade do indivíduo de alguma maneira, bem como discorda da extensão excessiva dada

---

*expectation of privacy; (that electronic as well as physical intrusion into a place that is in this sense private may constitute a violation of the Fourth Amendment; and (c) that the invasion of a constitutionally protected area by federal authorities is, as the Court has long held, presumptively unreasonable in the absence of a search warrant.*

85 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

86 *The first clause protects persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures .... These words connote the idea of tangible things with size, form, and weight, things capable of being searched, seized, or both. The second clause of the Amendment still further establishes its Framers' purpose to limit its protection to tangible things by providing that no warrants shall issue but those particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. A conversation overheard by eavesdropping, whether by plain snooping or wiretapping, is not tangible and, under the normally accepted meanings of the words, can neither be searched nor seized. In addition the language of the second clause indicates that the Amendment refers not only to something tangible so it can be seized but to something already in existence so it can be described. Yet the Court's interpretation would have the Amendment apply to overhearing future conversations which by their very nature are nonexistent until they take place. How can one describe a future conversation, and, if one cannot, how can a magistrate issue a warrant to eavesdrop one in the future?* *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)



pelo Tribunal a essa proteção.<sup>87</sup>

### 1.5.1 Análise do caso Katz

A Quarta Emenda protege pessoas e não lugares, dessa forma a Suprema Corte norte-americana estendeu a proteção desse dispositivo para situações nas quais a pessoa tenha uma razoável expectativa de privacidade. Embora possa parecer simples, esse conceito deixou uma margem considerável de interpretações e aplicações pelos tribunais. A sua aplicação é mais observável quando se trata de vigilância eletrônica e escutas telefônicas<sup>88</sup>.

Para tanto, superou o entendimento da “trespass doctrine”, ou teoria proprietária, cuja premissa era de que há a necessidade de invasão física a uma área constitucionalmente protegida, conforme restou consolidado nos casos *Olmstead v. United States e Goldman v. United States*<sup>89</sup>. Sobre essa doutrina, releva notar que, no caso *Olmstead V. United States*<sup>90</sup>, a Corte instituiu duas premissas básicas para verificar a possível violação à Quarta Emenda: tangibilidade, e conversas são intangíveis, portanto estão fora dessa proteção; e a transgressão física, logo, quando a vigilância não envolve uma invasão física, não é uma busca não razoável. Essas premissas persistiram por quase quarenta anos com grande força no Tribunal, considerando que o caso *Olmstead* foi julgado em 1928 e o caso *Katz* apenas em 1967<sup>91</sup>. Sobre essa mudança doutrinária da Corte norte-americana, cumpre observar a síntese feita por Danilo Knijnik<sup>92</sup>:

Como aí se lê, a proteção constitucional passa a ter por beneficiários não mais

---

87 Katz v. United States, 389 U.S. 347, 1967 disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

88 BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

89 *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129, 131, 1942 refere-se ao caso de uma investigação policial na qual foi utilizado um "detectaphone", isto é, um ampliador de voz, uma espécie de microfone acoplado à parede que permite ouvir o que está sendo dito do outro lado. Os réus eram advogados e foram acusados e condenados por agir ou deixar de agir para fraudar determinado processo de falência. A Suprema Corte manteve a condenação por considerar que não há violação da Quarta Emenda nessa hipótese.

90 Neste caso, julgado em 1928, Roy Olmstead foi preso, juntamente com outras setenta e duas pessoas, por posse, transporte e venda de álcool, após ter suas atividades monitoradas por meio de escutas telefônicas. Não havia nenhuma lei sobre o uso desse tipo de instrumento pela polícia e a Suprema Corte entendeu que, como os agentes não penetraram nas residências e escritórios onde os telefones estavam instalados, não houve violação aos direitos protegidos pela Quarta Emenda Constitucional, haja vista não ter havido busca nem invasão física do espaço privado protegido. Dentre os fundamentos, arguíram que as conversas interceptadas não eram tangíveis, logo não poderiam ser objetos de apreensão.

91 BOYD, JOHN W. [Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum, The \[notes\]](#) Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

92 KNIJNI, Danilo. **A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI.** Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região. – Vol. 1, n. 1 (out. 2014) . p 77-97 p. 87.

lugares, coisas e pertences, mas pessoas, lançando-se as bases do segundo momento metodológico da trilogia, a saber, a doutrina Katz.

Nessa transição Olmstead-Katz, o âmbito de proteção 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 4ª Emenda da Constituição americana. Basicamente, a evolução introduzida por Katz, de extrema importância, 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.

Nesse sentido, observa-se que o tribunal entendeu que a violação à privacidade, perpetrada por qualquer meio tecnológico, quando houver uma expectativa razoável acerca desta, equivale a uma invasão não razoável e, assim, seus frutos não podem ser admitidos em um processo penal. Ou seja, a Corte reconheceu que a Quarta Emenda deveria ser adequada à realidade trazida pelas modernas tecnologias, desenvolvendo e ampliando o conceito do direito constitucional à privacidade<sup>93</sup>.

A Corte optou por um entendimento intermediário diante das seguintes posições extremas: não haveria proteção alguma às conversas, visto que estas não estão protegidas pela Quarta Emenda; não se podem admitir investigações utilizando escutas mesmo com mandado judicial, visto que não há previsão legal para tanto e o caráter imprevisível das conversas impede que o juiz determine pormenorizadamente o objeto a ser buscado e apreendido<sup>94</sup>.

Além disso, não há um abandono com relação à proteção física (*trespass doctrine*) prevista em *Olmsted*, conforme afirmam alguns que apontam a interpretação dada à Quarta Emenda no *Katz* como um retrocesso e um risco à segurança dos cidadãos com relação a intrusões físicas em suas residências, mas uma ampliação com relação à razoável expectativa da pessoa<sup>95</sup>.

---

93 BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

94 BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

95 BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

Deve-se reconhecer que a abstração do conceito de expectativa razoável efetivamente não é de aplicação simples. Contudo, a sua observância não pode ser descartada por esse motivo, devendo a análise “caso a caso” ser feita sempre. Essa abertura conceitual surge da necessidade dos cidadãos de estarem cada vez mais protegidos da intervenção do Estado, considerando o avanço dos instrumentos tecnológicos, certamente jamais imaginados pelos autores da Quarta Emenda<sup>96</sup>.

Apesar do aparente grave rompimento com os precedentes da Corte, o caso Katz não representou uma alteração fundamental na teoria constitucional estadunidense, uma vez que reconhece direito amparado por outras garantias constitucionais, isto é, esse precedente não cria o direito à privacidade, ele atualiza sua aplicação de acordo com os avanços tecnológicos, dá a ele uma nova dimensão, fazendo do reconhecimento do direito à privacidade a chave para se compreender essa decisão<sup>97</sup>

Segundo JOHN W. BOYD, a estratégia argumentativa utilizada no caso Katz já havia sido aplicada no caso *Boyd v. United States* (1886), quando a Corte, então, ampliou o entendimento acerca dos conceitos de busca e apreensão (*search and seizure*), entendendo que se aplicam às diversas formas de invasão perpetradas pelo governo, isto é, *não se trata de assegurar suas portas e gavetas, mas a inalienabilidade da segurança pessoal, liberdade pessoal e propriedade privada*<sup>98</sup>. Naquela oportunidade, a corte afirmou, ainda, que uma interpretação estreita e literal diminui a eficácia da norma e permite a depreciação desse direito com o tempo<sup>99</sup>.

Ainda segundo esse autor, no caso Katz, além de haver uma aplicação da Quarta Emenda similar àquela utilizada no caso Boyd, também foram reconhecidos e aplicados entendimentos vencidos em outros julgamentos nos quais se chamou a atenção para

---

96 BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

97 BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

98 *apply to all invasions on the part of the government and its employds of the sanctity of a man's home and the privacies of life. It is not the breaking of his doors, and the rummaging of his drawers, that constitutes the essence of the offence; but it is the invasion of his indefeasible right of personal security, personal liberty, and private property.* **Boyd v. United States 116 U.S. 616 (1886) apud Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum, The [notes]** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

99 BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

a necessidade de atualização, como, por exemplo, o ocorrido no caso *Goldman v. United States* (1942), em que o voto vencido afirma que esta disposição constitucional recebe uma construção flexível e pode servir às necessidades e costumes das diversas gerações<sup>100</sup>.

Ademais, JOHN W. BOYD acrescenta que, apesar de todo esse histórico jurídico, a principal base de fundamentação da decisão foi a realidade prática. Ou seja, não se trata de criar um novo princípio, mas de adaptar as proteções já previstas, pois a constituição não é um documento direcionado a uma era específica<sup>101</sup>.

O caso Katz influenciou decisões de tribunais estaduais, bem como contribuiu para que legisladores providenciassem adaptações necessárias em leis de escuta e gravação telefônica. Além disso, a aprovação desse precedente representou uma importante discussão na permanente disputa entre os direitos referentes às liberdades individuais e o anseio por uma maior efetividade da aplicação da lei penal<sup>102</sup>.

Por fim, Boyd afirma que há que se observar a coerência do argumento no sentido de que a extensão da proteção também permite a ampliação da vigilância mediante autorização judicial. Isso porque o que se pretende assegurar com a decisão do caso Katz não é a privacidade absoluta do cidadão, mas garantir que a decisão por violar sua liberdade individual seja de um juiz, qualificado e isento, e não de um agente policial, por vezes motivado por interesses direcionados<sup>103</sup>.

### 1.5.2 Katz ainda vive?

Outra importante análise é feita no artigo *I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and*

---

<sup>100</sup>*duty [of the Court] to see that this historic provision receives a construction sufficiently liberal and elastic to make it serve the needs and manners of each succeeding generation. Id. at 138 (Murphy, J., dissenting). U.S. Supreme Court. Goldman v. United States, 316 U.S. 129 (1942) Apud BOYD, JOHN W Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum, The [notes] Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499*

<sup>101</sup>*In summary, Katz is best viewed as a case adhering to the belief that the Constitution is not a document tied to any particular era and the further belief that the content of the fourth amendment right to be free from unreasonable searches and seizures must be shaped by the context in which it is asserted. And, in the context of electronic surveillance, the tests by which protection is to be evaluated must reflect the changes of society and science. "The controlling principles were not new; they were only applied to a new, different, and modern set of facts.*

<sup>102</sup> BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

<sup>103</sup> BOYD, JOHN W. **The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

*the Fourth Amendment in the 21st Century*<sup>104</sup>, nele, o autor discute a importância e aplicabilidade do caso Katz no mundo contemporâneo. Segundo PESCIOTTA, há uma preocupação com relação à capacidade das regras estabelecidas no caso Katz, referente à aplicação extensiva da Quarta Emenda, de proteger os cidadãos diante do avanço permanente das novas tecnologias. Apesar das críticas, acredita que o teste da razoável expectativa de privacidade ainda pode cumprir esse papel<sup>105</sup>.

Desde o desenvolvimento do teste da razoável expectativa de privacidade, em 1967, o Tribunal, surpreendentemente, teve poucas oportunidades para se pronunciar sobre a Quarta Emenda em casos que tratavam da tecnologia avançada<sup>106</sup>, cite-se, como exemplo, os casos que descreveremos sinteticamente a seguir, considerando sua intrínseca relação com o objetivo deste trabalho, no que tange à busca de compreender de que modo a Suprema Corte norte-americana passou a reconhecer o direito da privacidade como direito oponível ao exercício da vigilância estatal por meio das novas tecnologias.<sup>107</sup>

Antes dos casos *United States v. Jones*, em 2012, e *Kyllo, v. United States*<sup>108</sup>, em 2001, a tecnologia mais avançada com a qual a Corte tinha lidado para verificar eventual ofensa à Quarta Emenda foi a fotografia aérea realizada por meio do uso de helicópteros, em 1986. Esta ausência de precedentes tratando de tecnologia verdadeiramente moderna, segundo PESCIOTTA, indica que seria no mínimo prematuro declarar a morte do precedente Katz, considerando a sua pouca exposição a testes.

No caso *Kyllo*, a polícia suspeitou que Danny Kyllo cultivava maconha em sua casa. Diante disso, sabendo que para esse cultivo era comum se usar de lâmpadas de alta intensidade, o que aumentaria o calor no interior da residência, os agentes instalaram um equipamento de imageamento infravermelho/térmico, do lado de fora da residência, por meio do qual se detectou uma quantidade excessiva de calor no local. Essa constatação levou os

---

104 PESCIOTTA, Daniel. **I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century.** Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 1 (Fall 2012), pp. 187-256.

105 PESCIOTTA, Daniel. **I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century.** Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 1 (Fall 2012), pp. 187-256.

106 PESCIOTTA, Daniel. **I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century.** Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 1 (Fall 2012), pp. 187-256.

107 **Kyllo v. United States 533 U.S. 27, 121 S.Ct. 2038, 150 L. Ed. 2d 94 (2001)** in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. **Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 194-200.

108 **Dow Chem. Co. v. United States, 476 U.S. 227.**

agentes policiais a requererem mandado judicial e o seu cumprimento comprovou a suspeita, isto é, plantas de maconha foram encontradas, motivo pelo qual *Kyllo* foi preso e condenado.<sup>109</sup>

No julgamento, a Suprema Corte considerou que o uso dessa tecnologia estava para além do uso do público em geral e, dessa forma, sua utilização constitui uma violação à expectativa dos indivíduos e da sociedade como um todo, conforme dispõe a “doutrina Katz”. Assim, está configurada violação à Quarta Emenda, visto que é razoável se esperar não ter a temperatura de sua casa aferida por equipamentos como este. Ademais, a proteção constitucional deve estender-se a todos os meios de “vigilância intramuros” utilizados pelo Estado.<sup>110</sup>

Já no caso *United States v. Jones*, a polícia desconfiou que Jones estava envolvido com tráfico de drogas e então instalou um GPS em seu veículo e o acompanhou por 28 dias e utilizou esta informação para acusá-lo de transporte e venda de cocaína. A Corte de apelação de Columbia aceitou o apelo de Jones e excluiu a prova, arguindo que fere a expectativa de privacidade da pessoa ter seu veículo, e conseqüentemente seus deslocamentos, monitorado e vigiado daquela forma<sup>111</sup>.

A Suprema Corte manteve a exclusão, porém por razão diversa, alegando que houve uma violação de uma área constitucionalmente protegida, isto é, houve uma violação física de sua propriedade. Nesse caso, não haveria sequer a necessidade de referir-se ao caso *Katz*, visto se tratar de garantia básica, a mesma da “doutrina da propriedade”. Em voto concorrente, o *Justice* Alito ressaltou que se tratava sim de uma hipótese de violação à expectativa de privacidade<sup>112</sup>.

---

109 *Kyllo v. United States* 533 U.S. 27, 121 S.Ct. 2038, 150 L. Ed. 2d 94 (2001) in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 194-200.

110 *Kyllo v. United States* 533 U.S. 27, 121 S.Ct. 2038, 150 L. Ed. 2d 94 (2001) in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 194-200.

111 *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012) in <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/565/10-1259/>>

112 *The Fourth Amendment protects the “right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures.” Here, the Government’s physical intrusion on an “effect” for the purpose of obtaining information constitutes a “search.” This type of encroachment on an area enumerated in the Amendment would have been considered a search within the meaning of the Amendment at the time it was adopted. Pp. 3–4.(b) This conclusion is consistent with this Court’s Fourth Amendment*

Em outra oportunidade, a Suprema Corte analisou o caso *United States v. Karo* (1984), em que a polícia, suspeitando que James Karo e dois outros comparsas mantinham atividades relacionadas ao tráfico de drogas (cocaína), instalou um beeper (emissor de sinal localizador por meio de ondas de rádio) em uma embalagem de éter, com o intuito de identificar o caminho percorrido por esse material e pelos suspeitos. Segundo um informante, o éter seria utilizado para retirar a cocaína adicionada a roupas importadas do México para os Estados Unidos<sup>113</sup>.

Neste caso, o Tribunal afirmou que não haveria violação ao dispositivo constitucional pela mera instalação do referido aparelho no barril de éter, porém configurava uma invasão da privacidade protegida pela Quarta Emenda o monitoramento da movimentação do material no interior da casa por um extenso período de tempo, ou seja, por meio de um equipamento eletrônico a polícia supervisionou arbitrariamente algo que estava no interior da residência de um cidadão, violando sua privacidade.<sup>114</sup>

Como se vê, nesses casos a Corte se manifestou a favor dos réus, indicando que continua determinada na proteção da privacidade dos cidadãos e que eventuais intrusões em sua intimidade por meio do uso de equipamentos tecnológicos deverão ser precedidas de autorização judicial<sup>115</sup>.

Apesar disso, PESCIOTTA destaca que, nesse mesmo período após o

---

*jurisprudence, which until the latter half of the 20th century was tied to common-law trespass. Later cases, which have deviated from that exclusively property-based approach, have applied the analysis of Justice Harlan's concurrence in Katz v. United States, 389 U. S. 347, which said that the Fourth Amendment protects a person's "reasonable expectation of privacy," id., at 360. Here, the Court need not address the Government's contention that Jones had no "reasonable expectation of privacy," because Jones's Fourth Amendment rights do not rise or fall with the Katz formulation. At bottom, the Court must "assur[e] preservation of that degree of privacy against government that existed when the Fourth Amendment was adopted." Kyllo v. United States, 533 U. S. 27. Katz did not repudiate the understanding that the Fourth Amendment embodies a particular concern for government trespass upon the areas it enumerates. The Katz reasonable-expectation-of-privacy test has been added to, but not substituted for, the common-law trespassory test. United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012) in <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/565/10-1259/>>*

113 *United States v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984) in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. **Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 189-194

114 *United States v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984) in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. **Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 189-194

115 PESCIOTTA, Daniel. **I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century**. Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 1 (Fall 2012), pp. 187-256.

juízo do caso Katz, também houve manifestações da Suprema Corte contrárias ao reconhecimento da incidência da proteção da Quarta Emenda em processos nos quais o uso de algum mecanismo tecnológico foi utilizado pelo governo para vigiar os cidadãos<sup>116</sup>.

Em *United States v. Knotts* (1983)<sup>117</sup>, por exemplo, caso extremamente semelhante ao já referido *United States v. Karo* (1984), o Tribunal denegou o recurso, afirmando que não havia afronta à Quarta Emenda. Consta do julgamento que o réu era ex-funcionário de uma indústria química e que funcionários dessa indústria relataram para a polícia que estavam suspeitando das atividades que ele vinha desempenhando, visto que estava adquirindo produtos costumeiramente utilizados para produção de anfetaminas e metanfetaminas. Após instalação do beeper e do monitoramento do deslocamento do produto por ele adquirido, chegaram ao laboratório onde a droga era produzida e realizaram a sua prisão e condenação a partir disso.

Neste caso, a Corte justificou a manutenção da condenação alegando que o monitoramento realizado com auxílio do localizador também poderia ser feito por outros meios, especialmente por vigilância meramente visual, considerando que quando alguém transita em vias públicas não tem a presunção de privacidade e, dessa forma, não houve violação à proteção constitucional, pois o acessório eletrônico não possibilitou à polícia ter acesso a informações privadas dos investigados.

Outro caso que mostra a oscilação do posicionamento da Corte é *California v. Ciraolo* (1986). Dessa decisão consta que a polícia sobrevoou a casa de um suspeito e fotografou seu quintal, no qual havia uma plantação de maconha. Os juízes entenderam que não havia uma violação à expectativa de privacidade do réu, pois outras pessoas, ao sobrevoar o local, também poderiam ver os tais pés de maconha. Acrescentaram que um funcionário da companhia energética ao subir em um poste em frente a residência, ou mesmo um vizinho olhando do segundo andar também poderiam ver a referida plantação. O que evidencia um esforço para não aplicar a Quarta Emenda a este caso<sup>118</sup>.

---

116 PESCIOTTA, Daniel. **I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century.** Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 1 (Fall 2012), pp. 187-256.

117 United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983) in <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/276/case.html>>

118 California v. Ciraolo, 476 U.S. 207 (1986) in <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/207/case.html>>



Segundo PESCIOTTA, nesses casos não haveria exatamente uma contradição com a doutrina estatuída no caso *Katz*, visto que a argumentação da Corte é coerente para chegar às conclusões a que chega, ou seja, há uma adequada flexibilização da regra, conforme o que é apresentado pelo caso concreto<sup>119</sup>.

Quanto às críticas doutrinárias realizadas ao julgamento do caso *Katz*, esse autor faz uma síntese das principais publicações. Para ele, a recepção da academia ao precedente foi, no mínimo, medíocre. Explica que houve entendimento de que o teste da expectativa razoável de privacidade foi pequeno para as liberdades protegidas pela quarta emenda<sup>120</sup>. Outro entendimento mencionado por ele foi no sentido de que a ambiguidade terminológica fragilizava a aplicação da proteção<sup>121</sup>. Além disso, outros críticos disseram que seria insuficiente para proteger e-mails e filmagens, por exemplo<sup>122</sup>. Houve, ainda, a proposta de abandonar essa teoria da expectativa de privacidade<sup>123</sup>.

Porém, ele afirma que o entendimento aplicado no caso *Katz* foi adequado e continua capaz de proteger os cidadãos diante do avanço das tecnologias e seu abandono seria precipitado. Reconhece que de fato a Suprema Corte analisou poucos casos de aplicação desse teste referente ao uso, pelo Estado, de novas ferramentas tecnológicas. Até a data do artigo, não havia nenhuma análise sobre dados de internet. Afirma que é de conhecimento que a Corte prefere aguardar manifestações sobre o assunto por parte das cortes de apelação estaduais.<sup>124</sup>

A Suprema Corte sempre entendeu que a Quarta Emenda se aplica a todas as invasões por parte dos agentes do governo quando estes invadem a santidade da casa de um homem e as intimidades da sua vida. A privacidade do lar é um valor americano retratado em livros, filmes e leis que criminalizam a sua invasão. Além disso, a intimidade é a essência do

---

119 PESCIOTTA, Daniel. **I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century.** Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 1 (Fall 2012), pp. 187-256.

120 Donald L. Doernberg *apud* PESCIOTTA, 2012, p. 214

121 Marc Jonathan Blitz *apud* Pesciotta, p. 2012, p 214

122 Stephen E. Henderson *apud* Pesciotta 2012, p. 214

123 Barry Friedman, Op-Ed., *Privacy, Technology, and Law*, N.Y. TIMES, Jan. 29, 2012, at SR5 (*Jones*, along with other recent decisions, may turn the Fourth Amendment into a ticking time bomb, set to self-destruct— and soon—in the face of rapidly emerging technology. *Apud* Pesciotta, p. 215

124 PESCIOTTA, Daniel. **I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century.** Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 1 (Fall 2012), pp. 187-256.

que a Quarta Emenda visa a resguardar e a proteção à casa é o símbolo disso<sup>125</sup>.

Encontrar o equilíbrio entre a proteção da privacidade e a aplicação da lei penal é um dos maiores desafios da justiça contemporânea e essa doutrina é um bom instrumento para esse equilíbrio. Ademais, as Cortes de apelação têm apresentado decisões no sentido da aplicação da Quarta Emenda para outros meios de vigilância estatal por meio do uso de tecnologia, como filmagem e o monitoramento de e-mails e, em muitos desses casos, têm entendido que há expectativa de privacidade e que a prova é ilegal, o que reforça a atualidade do e aplicabilidade do que foi decidido no caso *Katz*<sup>126</sup>.

## 1.6 O caso *Riley v. Califórnia* (2014)

Riley foi parado por agentes policiais por cometer uma infração de trânsito, consistente no uso de veículo cujo prazo de registro havia expirado. Após isso, os policiais também descobriram que a sua licença para dirigir estava suspensa. Além disso, foram encontradas armas de fogo carregadas no interior do veículo. Ao final da busca pessoal, apreenderam o aparelho de telefone celular que estava em seu bolso<sup>127</sup>.

Os policiais, então, observaram que do conteúdo desse aparelho constava o uso de expressões típicas de gangues da região (*Blood e CK – Crip Killers*). Realizada verificação por um especialista da polícia, identificaram fotos e vídeos a partir dos quais foi possível associar o réu a um tiroteio ocorrido há poucas semanas, bem como fotos e vídeos de jovens portando armas, motivo pelo qual sua pena foi agravada por participação em gangues. E também foi acusado de tentativa de homicídio, disparo contra um carro ocupado e assalto com uma arma semiautomática. Riley foi condenado por todos os crimes e sancionado com uma pena de quinze anos a perpétua<sup>128</sup>.

O réu apelou sob o argumento de que as provas obtidas dessa forma eram

---

125 *appl[ies] to all invasions on the part of the government and its employees of the sanctity of a man's home and the privacies of life. Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 630 (1886)* apud Pesciotta, 2012 p.

126 PESCIOTTA, Daniel. *I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century*. Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 1 (Fall 2012), pp. 187-256.

127 *Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014)*. Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

128 *Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014)*. Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

ilegais, haja vista ausência de mandado judicial ou de circunstâncias que assim o justificassem, e requereu a sua exclusão do processo. A Corte estadual manteve a condenação alegando, em síntese, que esse tipo de busca e acesso a dados dispensa a exigência de mandado judicial quando obtido mediante busca pessoal em indivíduo já detido<sup>129</sup>.

O segundo caso julgado conjuntamente com o recurso de Riley foi o de Brima Wurie. Um policial, em procedimento de vigilância de rotina, desconfiou que Wurie estava vendendo drogas dentro de um carro. Apreendeu o réu e o levou para o departamento policial. A partir da busca pessoal, encontraram dois telefones celulares, estes com menor capacidade que os *smartphones* comercializados atualmente, visto que eram aparelhos do tipo flip, os quais funcionam a partir da abertura. No entanto, o referido telefone tocava insistentemente e aparecia como origem da chamada o nome “*my house*”. Os policiais identificaram o local físico em que esse telefone que ligara estava e se dirigiram até lá, identificando em uma caixa de correio o nome de Wurie. Cercaram o local e aguardaram a autorização judicial. No momento da execução da ordem, encontraram 215 gramas de crack, maconha, apetrechos para venda e consumo de drogas, arma, munição e dinheiro<sup>130</sup>.

A conclusão do caso foi que “A polícia geralmente não pode, sem mandado judicial, procurar informação digital em um telefone celular apreendido de um indivíduo que foi preso<sup>131</sup>.” Segundo o Tribunal, esse tipo de busca só se justifica a partir de uma detenção legal, situação na qual os policiais poderão apreender provas próximas ao crime quando houver possibilidade de sua destruição, conforme ficou estabelecido no caso *Chimel v. California* (1969)<sup>132</sup>.

Neste último caso, *Chimel v. California* (1969), a polícia obteve um mandado de prisão contra Chimel em razão de um suposto roubo a uma loja de moedas. Quando foram cumprir a referida decisão, os agentes foram além do objeto ali determinado e realizaram uma busca por toda a sua residência, sem o seu consentimento. Revistaram todos os cômodos e gavetas dos móveis e encontraram outras moedas e indícios que foram utilizados para sua

---

129 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

130 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014).

131 *The police generally may not, without a warrant, search digital information on a cell phone seized from an individual who has been arrested. Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014)

132 *Chimel v. California* 395 U.S. 752, 1969 in <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/752/case.html>>

condenação.<sup>133</sup>

A Suprema Corte deferiu o recurso de Chimel, considerando especialmente que:

O escopo da pesquisa aqui não foi razoável sob as Quarta e Décima Quarta Emendas, uma vez que excedeu a pessoa do peticionário e da área dentro da qual ele poderia ter obtido uma arma ou algo que poderia ter sido usado como prova contra ele, e não há havia justificação constitucional, na ausência de um mandado de busca, para estender a pesquisa para além dessa área. (tradução livre)<sup>134</sup>

Nesse julgado, ao mesmo tempo em que afirmou que a busca não poderia ser injustificadamente ampliada, conforme havia ocorrido naquele caso, a Corte estatuiu a regra de que, no momento da detenção, os policiais poderiam realizar uma busca pessoal no detido e na área dentro do controle imediato deste, no intuito de evitar destruição de provas ou acesso a algum tipo de arma que pudesse ser utilizado contra os policiais<sup>135</sup>.

Outro caso citado por eles foi *United States v. Robinson* (1973), no qual Robinson foi detido pela polícia em razão de conduzir determinado veículo após revogação da autorização para tal e por falsas declarações. Ao realizar uma busca pessoal no apelante, o policial verificou que em seu bolso havia um objeto e o retirou, observou que se tratava de uma carteira de cigarros amassada e, ao verificar o interior do objeto, encontrou quatorze cápsulas de heroína.<sup>136</sup>

Os juízes entenderam que o procedimento realizado pelo policial foi adequado, considerando que este tipo de busca pessoal é razoável no momento em que se realiza uma detenção, seja para prevenir eventuais agressões aos agentes do Estado, seja para preservar possíveis provas. Segundo eles:

---

133 *Chimel v. California* 395 U.S. 752, 1969 in <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/752/case.html>>

134 *The scope of the search here was unreasonable under the Fourth and Fourteenth Amendments, as it went beyond petitioner's person and the area from within which he might have obtained a weapon or something that could have been used as evidence against him, and there was no constitutional justification, in the absence of a search warrant, for extending the search beyond that area.* P. 395 U. S. 768. **Chimel v. California** 395 U. S. 752, 1969

135 *An arresting officer may search the arrestee's person to discover and remove weapons and to seize evidence to prevent its concealment or destruction, and may search the area "within the immediate control" of the person arrested, meaning the area from which he might gain possession of a weapon or destructible evidence.* Pp. 395 U. S. 762-763. **Chimel v. California** 395 U. S. 752, 1969

136 **United States v. Robinson**, 414 U.S. 218 (1973) Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/218/case.html>>

A detenção de custódia de um suspeito com base em causa provável é uma intrusão razoável de acordo com a Quarta Emenda e, um incidente de busca não requer nenhuma justificação adicional, diante da probabilidade de que, numa situação de detenção em particular, as armas ou provas, de fato, sejam encontradas com a pessoa do suspeito; e o fato de haver ou não uma das razões que justificam a autoridade realizar um incidente de busca quando efetuar detenções legais não precisa ser discutido em cada caso.(tradução livre)<sup>137</sup>

Dessa forma, reconstruindo o histórico de julgados anteriores, os juízes referiram que, no caso *United States v. Robinson* (414 U. S. 218, 1973), foi aplicado o entendimento do caso *Chimel* e ampliado, afirmando-se, naquela oportunidade, que, mesmo quando ausentes os elementos que possam justificar essa medida, o procedimento poderá ser adotado, pois os riscos de destruição de provas ou ameaça aos policiais estão presentes em todas as prisões de custódia<sup>138</sup>.

No entanto, afirma a Corte, a busca de dados em um telefone celular implica maior violação à privacidade do indivíduo do que uma simples busca física, além de não estarem presentes os interesses do governo mencionados nos casos anteriores, quais sejam: risco de destruição de provas, fuga do detido ou a segurança dos policiais envolvidos no ato.<sup>139</sup>

O Estado alegou que, mesmo após apreensão dos aparelhos, os dados nele armazenados podem ser apagados ou criptografados por algum mecanismo de alteração remota. A Corte, porém, rejeitou esse argumento e disse que os policiais podem, quando de fato houver o risco de acesso remoto, adotar medidas para proteger o aparelho.<sup>140</sup>

---

137 (b) *A custodial arrest of a suspect based on probable cause is a reasonable intrusion under the Fourth Amendment and, a search incident to the arrest requires no additional justification, such as the probability in a particular arrest situation that weapons or evidence would, in fact, be found upon the suspect's person; and whether or not there was present one of the reasons supporting the authority for a search of the person incident to a lawful arrest need not be litigated in each case.* P. 414 U. S. 235 (**United States v. Robinson, 414 U.S. 218 (1973)**) in <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/218/case.html>>

138 **Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014).**Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

139 **Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014).**Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

140 **Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014).**Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

Em seu voto, que representou a opinião da Corte, o *Justice* Robert ressaltou que os celulares modernos possuem uma imensa capacidade de armazenamento de dados, de modo que o acesso a eles significa uma contundente violação da privacidade do indivíduo, muito além de mera busca física, a qual é extremamente limitada. Esses aparelhos podem guardar um conjunto de informações muito mais significativas, quando combinados, do que determinado item isolado, bem como podem guardar informações de vários anos atrás. Segundo ele, anteriormente os policiais poderiam, excepcionalmente, encontrar objetos de informações pessoais com um indivíduo, como um diário, por exemplo, porém atualmente mais de 90% dos americanos possuem e portam celulares com uma infinidade de dados pessoais.<sup>141</sup>

Por fim, ressalta que essa decisão, de fato, poderá dificultar a ação investigativa do Estado, mas não se está proibindo em caráter absoluto o acesso a essas informações, contudo, o objetivo é estender os limites da Quarta Emenda a esse tipo de busca, visto que significa grave violação à intimidade do indivíduo.<sup>142</sup>

Consta do voto, ainda, que os telefones apresentam tecnologia inimaginável há algumas décadas. Segundo ele, em que pese as regras aplicadas anteriormente com relação a busca em pertences físicos em posse dos detidos, essas apreensões não são comparáveis aos dados digitais obtidos por meio da busca de dados em celulares modernos. Além disso, em *Robinson*, onde se encontrou heroína em uma carteira de cigarros que estava no bolso do réu, havia o entendimento de que esses objetos apreendidos com o preso no momento da detenção perdem sensivelmente a sua privacidade pela própria prisão. Contudo, os telefones celulares colocam grandes quantidades de informações nas mãos dos indivíduos.<sup>143</sup>

Os dados armazenados em um telefone celular não podem ser utilizados como armas contra os agentes policiais, tampouco podem servir de instrumento para a fuga do detido<sup>144</sup>. Além disso, os aspectos físicos do celular continuam podendo ser avaliados, para,

---

141 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

142 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

143 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

144 *Digital data stored on a cell phone cannot itself be used as a weapon to harm an arresting officer or to effectuate the arrestee's escape. Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014)

por exemplo identificar se não há alguma lâmina escondida nele etc. No entanto, quando se pesquisa o conteúdo de um celular, os policiais sabem exatamente o que irão encontrar: dados.<sup>145</sup>

Ademais, após apreendidos, os detidos não podem apagar informações contidas em seus telefones e os policiais podem adotar medidas para impedir o acesso ao celular por agentes externos ao desligá-lo ou armazená-lo em um recipiente com isolamento (como um saco revestido com folhas de alumínio)<sup>146</sup>.

Apesar de haver uma significativa diminuição da expectativa de privacidade do indivíduo preso, nem toda busca pode ser aceita apenas porque o indivíduo está sob a custódia estatal. O fato da detenção não afasta a proteção da Quarta Emenda completamente. Quando o avanço sobre a privacidade do indivíduo mostrar-se grave, pode haver necessidade de prévio mandado judicial, mesmo com as expectativas de privacidade diminuídas<sup>147</sup>.

Celulares modernos significam uma violação de privacidade muito maior que uma bolsa, uma carteira ou um maço de cigarros por exemplo. Nesse sentido, releva transcrever o trecho a seguir:

A conclusão de que inspecionar o conteúdo dos bolsos de um detido funciona sem intrusão adicional substancial sobre privacidade além da prisão em si pode fazer sentido quando aplicado a itens físicos, mas qualquer extensão desse raciocínio em relação a dados digitais tem que estar amparada em seu próprio fundamento<sup>148</sup>.

Em pormenorizada análise, o *Justice* Robinson exemplifica que 16 Gigabites significam milhões de páginas de textos, milhares de fotografias e centenas de vídeos, além do histórico de navegação na internet, agenda telefônica, histórico de ligações, entre outros. E a tendência é que o fosso entre informações físicas e digitais só aumente com o passar do

---

145 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

146 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

147 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

148 *A conclusion that inspecting the contents of an arrestee's pockets works no substantial additional intrusion on privacy beyond the arrest itself may make sense as applied to physical items, but any extension of that reasoning to digital data has to rest on its own bottom*

tempo. Dessa forma, é possível observar todo o ciclo de vida de uma pessoa a partir do conjunto de fotos e demais registros que demonstram locais, períodos e relacionamentos que fizeram parte da história desse indivíduo, certamente algo muito mais significativo do que encontrar duas fotos de parentes em seu bolso.<sup>149</sup>

No caso de Riley, por exemplo, seria improvável que em outra situação ele estivesse na posse de um conjunto de fotos, vídeos e números de telefones anotados em um papel, conforme foi possível obter de seu celular e o fato de um indivíduo transportar tantas informações em suas mãos não faz desses dados menos dignos de proteção<sup>150</sup>

Utilizando-se de dados fornecidos por *Amicus Curiae*<sup>151</sup>, o Justice Robinson chama a atenção para o fato de que, atualmente, mais de  $\frac{3}{4}$  das pessoas carregam consigo telefones celulares e neles registram uma infinidade de informações sobre suas vidas profissionais e íntimas, sendo possível, inclusive, descobrir para onde uma pessoa foi, isto é, identificar todo o seu deslocamento.<sup>152</sup>

Além disso, a infinidade de aplicativos existentes e as informações neles registradas pelos usuários compreendem desde registros financeiros pessoais até detalhes da vida amorosa do proprietário do aparelho. Uma pesquisa em um celular pode expor muito mais sobre a vida do indivíduo do que uma busca exaustiva em sua casa:

De fato, uma pesquisa em um celular normalmente expõe ao governo muito mais do que uma pesquisa mais exaustiva de uma casa: um telefone não contém apenas registros sensíveis em formato digital, anteriormente encontrados no lar; ele também contém uma ampla gama de informações privadas nunca encontradas em uma casa em qualquer formato, a menos que seja um telefone.<sup>153</sup>

---

149 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

150 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

151 Interessante notar que, com relação a dados técnicos e estatísticos, a decisão quase sempre se refere a informações fornecidas por *Amicus Curiae*, neste caso específico, a menção é feita ao *Brief for Center for Democracy & Technology et al. as Amici Curiae* 7–8.

152 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

153 *Indeed, a cell phone search would typically expose to the government far more than the most exhaustive search of a house: A phone not only contains in digital form many sensitive records previously found in the home; it also contains a broad array of private information never found in a home in any form—unless the phone is.* *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).



Finalmente, a Corte também afastou o argumento do governo de que poderia desenvolver protocolos de atuação dos agentes com relação à busca de informações em telefones celulares; afirmou que os fundadores não lutaram numa revolução para ganhar direito a protocolos de agências governamentais<sup>154</sup>. Além disso, enfatizou que os limites determinados pela Suprema Corte devem ser categóricos no sentido de evitar a discricionariedade dos agentes policiais diante do caso concreto.<sup>155</sup>

Finalmente, sobre os problemas oferecidos à investigação a partir desse entendimento, o Tribunal sintetizou a argumentação em torno do tema e afirmou que a privacidade tem um custo:

Não podemos negar que a nossa decisão de hoje terá um impacto sobre a capacidade de aplicação da lei para combater o crime. Os telefones celulares tornaram-se ferramentas importantes para facilitar a coordenação e comunicação entre os membros de empresas criminosas, e podem fornecer valiosas informações incriminatórias sobre criminosos perigosos. Privacidade tem um custo.<sup>156</sup> (tradução livre)

Por último, o *Justice Alito*, apesar de concordar com o mérito da decisão, juntou voto concorrente no qual enfatiza a possibilidade de os agentes do Estado buscarem e apreenderem o que já está na posse do detido, visto que isso remete a meados do século 18 e, segundo ele, a Quarta Emenda não mudou isso. Ainda assim, reconhece que não se deve aplicar a regra da era pré-digital aos casos contemporâneos.<sup>157</sup>

Ademais, para ele há uma anomalia na decisão, pois se se pode buscar o que há no bolso do réu, como um número de conta corrente ou número de celular, por exemplo, como não se poderia fazer o mesmo se essas informações estivessem armazenadas em um

---

154Probably a good idea, but the Founders did not fight a revolution to gain the right to government agency protocols.” *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014).

155 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

156 *We cannot deny that our decision today will have an impact on the ability of law enforcement to combat crime. Cell phones have become important tools in facilitating coordination and communication among members of criminal enterprises, and can provide valuable incriminating information about dangerous criminals. Privacy comes at a cost.* *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014).

157 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

celular. Conclui que isso será um problema para os tribunais aplicarem essa nova regra.<sup>158</sup>

Por fim, considerando a importância das tecnologias para os cidadãos, ressalta que cabe aos legisladores elaborarem leis que possam apresentar uma melhor forma de proteção a isso, em vez de se recorrer sempre à Quarta Emenda.<sup>159</sup>

### 1.6.1 Análise do caso *Riley v. Califórnia*

A extensão dos possíveis desdobramentos dessa decisão foi analisada de diferentes maneiras: ora se compreendendo que houve um importante avanço na proteção à privacidade dos indivíduos com relação aos dados por eles armazenados nas novas plataformas tecnológicas; ora de forma crítica, entendendo-se que o que foi construído por ela é demasiadamente limitado e não alcança as demais situações demandadas pelo presente; ora afirmando-se que a Quarta Emenda não pode ter sua aplicação ampliada de forma indeterminada e que caberia aos legisladores atuarem para regulamentar a atuação do Estado em situações semelhantes.

Para George Dery e Kevin Meehan, ao justificar a exigência de mandados de buscas específicos para aparelhos de telefone celular, o Tribunal teria criado uma distinção constitucional entre dois tipos de efeitos: "objetos físicos" e "dados digitais". E também a partir dessa decisão a Corte estendeu a proteção historicamente dada à casa, ao castelo pessoal do indivíduo, aos telefones celulares<sup>160</sup>.

Nesse mesmo sentido, Thomas Mann Miller afirma que o caso *Riley* deve mudar o debate de maneira significativa, haja vista que, considerando que buscas de dados digitais são totalmente diferentes de dados físicos, isso obriga os tribunais a analisá-las de forma distinta. Dessa forma, quando o Tribunal estabelece que essas buscas podem ser mais invasivas que uma busca na residência do indivíduo, deve-se exigir que haja fundada suspeita ou causa provável para as buscas realizadas, por exemplo, nos equipamentos daqueles que entram naquele país para turismo, trabalho etc. Assim, esse novo paradigma seria um

158 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

159 *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

160 George M. Dery III, & Kevin Meehan, *A New Digital Divide? Considering the Implications of Riley v. California's Warrant Mandate for cell phone searches*. 18 U. Pa. J.L. & Soc. Change 311 (2015).

dificultador para fiscalizações realizadas em aeroportos e demais locais de fronteira.<sup>161</sup>

Em outro importante estudo do caso Riley, Ric Simmons analisa que, apesar do avanço que representou, é preciso reconhecer que a Suprema Corte perdeu uma excelente oportunidade de estabelecer limites claros sobre a detenção, bem como de fornecer uma orientação didática aos policiais sobre o comportamento a ser adotado quando confrontados com novas tecnologias. Ao ater-se aos detalhes do equipamento e suas funcionalidades, não criou uma doutrina de caráter mais genérico, capaz de reavaliar de forma mais extensa a aplicação da Quarta Emenda diante do avanço tecnológico<sup>162</sup>.

Ainda segundo ele, a Corte teria criado um critério a partir do qual a busca poderia ou não ser realizada a partir da quantidade de informações e do quanto a privacidade do indivíduo poderia ser revelada a partir da sua verificação. Esse critério não facilita a atuação de policiais e juízes em analisar casos concretos<sup>163</sup>. Além disso, restringiu a aplicação aos celulares, sem menção aos demais equipamentos, como máquinas fotográficas, *laptops* ou *iPods*, por exemplo, o que reforça seu caráter ambíguo, isto é, será que depende do tipo de informação que há nesses equipamentos, da quantidade de dados que podem armazenar? Como seriam determinados os limites da legalidade de uma investigação?<sup>164</sup>

Para Ric Simmons, há uma diferenciação entre o caso Katz e Riley: no primeiro, houve a superação da doutrina do *trespass* físico como regra para exigência de mandado, estendendo a proteção da quarta emenda para demais buscas que invadissem a privacidade do indivíduo mesmo sem esse requisito, quando fosse realizada a partir do uso de tecnologias; o segundo, contudo, limita-se a determinar a inviolabilidade de aparelhos celulares. Dessa forma, enquanto Katz teve sua aplicação utilizada por décadas, o caso Riley poderá ser obsoleto num período curto de tempo, considerando a velocidade das mudanças tecnológicas e a diversidade de novas tecnologias criadas a todo momento<sup>165</sup>.

---

161 MILLER, Thomas Mann, **Digital Border Searches After Riley v. California** (December 9, 2015). Washington Law Review, Vol. 90, No. 4, 2015

162 SIMONS, Ric **The Missed Opportunities of Riley v. California**. 12 Ohio State Journal of Criminal Law, 2014

163 SIMONS, Ric **The Missed Opportunities of Riley v. California**. 12 Ohio State Journal of Criminal Law, 2014

164 SIMONS, Ric **The Missed Opportunities of Riley v. California**. 12 Ohio State Journal of Criminal Law, 2014

165 SIMONS, Ric **The Missed Opportunities of Riley v. California**. 12 Ohio State Journal of Criminal Law, 2014

Por sua vez, STEVEN FRIEDLAND, que também discute a aplicabilidade desse precedente para outros casos, afirma que o princípio da aderência moldou o histórico da jurisprudência da Corte na aplicação da Quarta Emenda. Segundo ele, esse princípio significa que diferentes conceitos, fatos e suposições sobre a realidade se aplicam a outras situações supostamente assemelháveis. Exemplificando, cita o caso no qual a Corte julgou ilegal a fixação de um aparelho GPS em um automóvel, não por sua capacidade de monitorar a movimentação do veículo e do seu proprietário, mas porque teria havido uma invasão (*trespass*) de uma área privada constitucionalmente protegida. A partir disso, desenvolve sua proposição afirmando que tais adaptações funcionaram adequadamente enquanto a discussão era acerca de bens e equipamentos físicos, e que na era das novas tecnologias essa aplicação encontra maiores dificuldades.<sup>166</sup>

Esse autor explica que atualmente a forma e a função das coisas não estão mais claramente definidas como antes. Nesse sentido, chama atenção para o fato de que é cada vez mais comum se falar em “internet das coisas”. Assim, um relógio não serve apenas como um marcador temporal, mas pode conter dados de saúde, agenda, GPS e tantos outros dados do indivíduo. O mesmo ocorre com os óculos recentemente lançados pelo Google, que, muito além de ser um instrumento para aprimorar ou proteger a visão, possui diversas ferramentas de comunicação, armazenamento de dados, simuladores de realidade etc. Em síntese, chama atenção para o fato de que atualmente a função exercida pelas coisas é mais importante que a sua forma e isso é o que deve ser considerado nos julgamentos que tenham como objeto da controvérsia equipamentos portadores das tecnologias modernas.<sup>167</sup>

Nesse sentido, apesar do vigor que os parâmetros de expectativa de privacidade estabelecidos no caso Katz têm até hoje, bem como da adequada aplicação da Quarta Emenda ao caso Riley, a portabilidade da privacidade e as suas demais peculiaridades precisam ser ancoradas sob a perspectiva da funcionalidade das coisas, de modo a tornar maior a aderência dessa proteção às novas tecnologias.<sup>168</sup>

---

166 FRIEDLAND, Steven. [Riley v. California and the Stickiness Principle \[article\]](#) *Duke Law & Technology Review*, Vol. 14, pp. 121-139.

167 FRIEDLAND, Steven. [Riley v. California and the Stickiness Principle \[article\]](#) *Duke Law & Technology Review*, Vol. 14, pp. 121-139.

168 FRIEDLAND, Steven. [Riley v. California and the Stickiness Principle \[article\]](#) *Duke Law & Technology Review*, Vol. 14, pp. 121-139.

Por fim, em uma crítica ainda mais contundente, no artigo em que discute se o caso Riley teria sido uma espécie de vitória de Pirro, ou seja, uma vitória com um alto custo e que pode trazer prejuízos irreparáveis, Adam Lamparellot destaca que, ao não enfrentar determinadas questões polêmicas constituintes da jurisprudência da Corte, como a extensão desse entendimento para outros equipamentos eletrônicos, ou para as informações transferidas a partir desses equipamentos, por exemplo, esse caso pode ter efeitos indesejados. Isso porque há integração cada vez maior entre os equipamentos e até mesmo as casas dos indivíduos estão conectadas atualmente, de modo que a insuficiência da regra estabelecida, dada a sua imprecisão, não estabelece uma proteção para essas situações, nem esclarece os limites para esses casos e dessa forma poderia haver uma fragilização das informações remetidas por esses outros meios.<sup>169</sup>

Segundo ele, isso se deu porque o *Justice Roberts* teria optado por uma decisão que tivesse consenso, para que se aprovasse o entendimento da Corte por unanimidade, como de fato ocorreu. Porém, para ele, essa tentativa de dar uma maior legitimidade à decisão acaba por enfraquecê-la, pois a torna mais estreita e constitui uma espécie de meio termo incapaz de atender efetivamente às demandas impostas pela nova realidade<sup>170</sup>.

## **1.7 Conclusão do 1º capítulo: Estado, na dúvida, não ultrapasse.**

Observa-se que os norte-americanos reconhecem o direito à privacidade como uma das principais liberdades individuais, considerando que está relacionado ao exercício de outros direitos, como o de liberdade de pensamento e o da inviolabilidade do domicílio, por exemplo. Nesse sentido, a evolução histórica da proteção a essa garantia constitucional tem sido um desafio permanente para a Suprema Corte, haja vista as constantes mudanças na dinâmica das relações e do comportamento humano.

---

169 LAMPARELLOT, Adam Lamparellot. *Riley v. California: A Pyrrhic Victory For Privacy?* U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 393 (2015).

170 *In Riley, as it has in other cases, the Court avoided a direct discussion on the third-party doctrine, possibly because Justice Roberts is often described as a minimalist who favors unanimous or near unanimous rulings, believing that this approach promotes the rule of law and preserves the Court's institutional legitimacy.*<sup>92</sup> *It is certainly true that divisive and contentious rulings can undermine the public's confidence in a particular decision and, in some cases, engender claims that the Court's decisions are politically motivated.* <sup>93</sup> *On the other hand, decisions that garner a consensus among the Justices, many of whom are ideological opposites, are likely to be narrow or reflect a middle ground compromise.* <sup>94</sup> *Narrow decisions are beneficial in many respects because, among other things, they permit the law to evolve through the political and democratic process.* LAMPARELLOT, Adam. *Riley v. California: A Pyrrhic Victory For Privacy?* U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 393 (2015).

Foi possível perceber que o caso Katz, julgado em um momento no qual o Tribunal norte-americano atuava de forma contundente na defesa da igualdade e para assegurar direitos e garantias individuais, significou um avanço fundamental na proteção do direito à privacidade frente ao crescente uso de novas tecnologias pelo Estado no exercício de sua função investigatória. Para isso, afirmou que, independentemente de haver ou não invasão física à sua casa, o indivíduo tem direito a ter sua privacidade protegida quando tiver uma expectativa de que está longe de qualquer vigilância de terceiros, desde que essa expectativa seja considerada razoável para o conjunto da sociedade.

Como se vê, é um conceito amplo e por isso pode ser aplicado a situações diversas, conforme se observou no histórico dos casos referidos. Por outro lado, essa mesma abertura conceitual pode ter como consequência a fragilização do direito que visa proteger, haja vista que deixa para o julgador a discricionariedade de avaliar se determinada situação configura ou não uma razoável expectativa de privacidade.

E o caso Riley também demonstrou a propensão da Corte em assegurar o direito à privacidade dos indivíduos frente à nova realidade fática. A partir de uma análise pormenorizada da capacidade de armazenamento de dados dos modernos aparelhos de telefone celular e do uso que a maioria da população tem feito deles, concluiu que o acesso às informações contidas nesse equipamento só poderá se dar mediante autorização judicial específica para tanto. Contudo, conforme se observou na análise do caso, esse precedente pode ser ineficiente no sentido de proteger os cidadãos contra intervenções estatais, considerando que não criou uma regra geral para limitar a ação do Estado com relação à violação de informações privadas armazenadas e transmitidas por quaisquer outros meios tecnológicos.

O estudo desses casos e de suas implicações permite concluir que os princípios e as regras que protegem o direito à privacidade estão cada vez mais sendo colocados em xeque diante das transformações pelas quais a sociedade tem passado, o que tem ocorrido em um ritmo cada vez mais veloz. Diante disso, resta evidente a necessidade de uma atuação contundente do judiciário no sentido de restringir a atuação do Estado tanto com relação ao uso de ferramentas de vigilância que invadem a intimidade do indivíduo, sem que este sequer perceba, quanto com relação à proteção dos dados que cada um quer guardar para si,

independentemente da plataforma que se use para isso.

Dessa forma, resta claro que, no exercício de sua função investigatória, quando os agentes estatais se depararem com possibilidades de violação à privacidade do indivíduo, propiciadas pelos novos meios tecnológicos, devem respeitar o limite que essa garantia impõe e submeter a pretensão de ultrapassá-lo ao judiciário, a quem cabe analisar, de forma imparcial, se há razoabilidade nessa pretensão.

## **Capítulo 2 – O direito à privacidade como instrumento de proteção do indivíduo diante da ação investigatória estatal no Brasil: posicionamento de doutrina e análise de precedentes.**

### **Introdução**

No Brasil, a proteção à privacidade é um direito explicitamente previsto na Constituição da República desde 1988. Além disso, outras regras que delimitam a atuação dos agentes policiais na realização de buscas e apreensões domiciliares ou pessoais estão previstas tanto no próprio texto constitucional, bem como na legislação processual penal. Como se vê, há uma evidente diferença com relação ao que se observou no sistema jurídico norte-americano, no qual esses mesmos direitos são, em regra, produtos de construções jurisprudenciais derivadas de uma constituição sintética.

Nesse sentido, o objetivo deste capítulo é analisar de que forma a doutrina e a jurisprudência têm tratado desse tema no país, tendo como objeto específico o estudo do reconhecimento do direito à privacidade como um instrumento de proteção do indivíduo diante da ação investigatória do Estado, especialmente nesse cenário de permanente avanço do uso das novas tecnologias.

Assim, além de apresentar o arcabouço legal e doutrinário sobre o tema, visando possibilitar uma comparação entre a prática jurídica estadunidense e a nacional, iremos analisar duas decisões judiciais que tratam do mesmo tema discutido em *Riley v. California*, ou seja, a possibilidade de acesso aos dados contidos em aparelhos celulares em posse de pessoas detidas por agentes policiais.

A primeira será o HC 91.867/PA<sup>171</sup>, julgado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em 2012, no qual a Corte entendeu que era improcedente o pedido de exclusão da prova obtida por meio do acesso aos dados constante do aparelho de telefone celular do detido. Já a segunda decisão será o Recurso em Habeas Corpus nº 51.531 - RO (2014/0232367-7)<sup>172</sup>, discutida em abril deste ano (2016) pelo Superior Tribunal de Justiça, em que esse Tribunal julgou procedente o recurso da apelação e determinou o desentranhamento das provas obtidas a partir da busca em aplicativos instalados no aparelho do impetrante.

Por fim, serão ressaltadas as diferenças e semelhanças existentes nos posicionamentos dos dois países.

## **2.1 O direito à privacidade na legislação e na doutrina brasileira**

Inicialmente, cumpre observar que o direito à privacidade está positivado em diversos diplomas legais internacionais dos quais o Brasil é signatário. O artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) dispõe que:

### ARTIGO 17

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.<sup>173</sup>

Com texto quase idêntico, o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, em seu art. 11, também assegura que:

2. ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Como se vê, ainda que não apresentem explicitamente o termo privacidade, há uma referência à vida privada, que é uma de suas dimensões, conforme se verá a seguir. Dessa forma, observa-se que o rol de dispositivos legais que impõem ao país a vedação de interferir

---

171BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867/PA. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. data de publicação: 20/09/2012. DJE nº 185, divulgado em 19/09/2012. disponível em <http://www.stf.jus.br/>

172BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 51531/RO. Sexta Turma. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJE 09/05/2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>

173 Ratificado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, acesso <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>



de forma arbitrária ou abusiva (ilegal) na vida de seus cidadãos vai além de seus normativos internos, o que ressalta a importância dessa garantia.

Para além dos demais diplomas normativos, a privacidade encontra sua garantia maior na Constituição da República de 1988, haja vista que as normas e princípios nela constantes são de observância obrigatória, seja para os legisladores, seja para aqueles responsáveis por interpretar e aplicar as normas aos casos concretos. O texto constitucional assegura que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

É possível perceber que, além de mencionar expressamente a inviolabilidade à intimidade e à vida privada de uma forma geral, a Constituição também traz outras garantias que estão relacionadas com ela, como o direito à inviolabilidade da casa, das comunicações e dos dados, o que evidencia a abrangência dada pelo constituinte ao tema<sup>174</sup>.

Ao analisar o tratamento dado pela doutrina constitucional brasileira a esse direito, observamos algumas pequenas variações na abordagem realizada, prevalecendo a convergência no sentido de dar uma maior ênfase ao aspecto de limitação de acesso e divulgação de informações pessoais por outros particulares, como jornais e revistas, com poucas ou nenhuma referência à observância desse direito pelo Estado em sua prática persecutória.

Em sua descrição acerca do Direito à intimidade e à vida privada, Gustavo Gonet Branco afirma que há uma diferença entre privacidade e intimidade, a intimidade faria parte da esfera de proteção da privacidade que é mais ampla. Nesse sentido, afirma que se

---

174 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 407-410.

trata do direito que todo indivíduo tem a ficar recluso, livre da observação alheia, visto que ter tranquilidade emocional também é uma condição para a sua saúde mental. Além disso, segundo ele, o direito à privacidade protege as relações humanas de exposição indevida. Por fim, algumas características básicas desse direito consistem na pretensão do indivíduo de estar separado de grupos e livre da observação de quaisquer outras pessoas, bem como ter o controle referente às informações sobre si mesmo<sup>175</sup>.

José Afonso da Silva compreende que o direito à privacidade está relacionado ao conjunto de informações sobre determinado indivíduo que ele pode guardar para si ou expor da forma que entender melhor. Citando Moacyr de Oliveira, conclui que esse direito *abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo*<sup>176</sup>. Contudo, afirma que os direitos à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo das correspondências estariam relacionados com o direito à segurança, que para ele contempla outra gama de proteções.

Já Dirley da Cunha Júnior afirma que a CF/88 é a primeira que passa a proteger explicitamente o direito à privacidade e que ele é

consistente fundamentalmente na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida particular e familiar, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade e intimidade de cada um, e também proibir que sejam divulgadas informações sobre sua área da manifestação existencial do ser humano. Nesse sentido, a privacidade corresponde ao direito de ser deixado em paz, ao direito de estar só (*right to be alone*).<sup>177</sup>

Finalmente, cumpre referir o entendimento de Tércio Ferraz Júnior, haja vista ser ele referido em outras obras que discutem o tema<sup>178</sup> e em um dos precedentes que serão analisados a seguir. Segundo ele, trata-se de:

um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a

---

175 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 407-410.

176 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015 p. 208

177 CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2008. p. 660

178 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 407-410.

faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular<sup>179</sup>

Sobre a amplitude desse direito, ele explica que a intimidade está contida na privacidade e é o direito mais exclusivo dela decorrente, é aquilo que se reserva a si mesmo. Por sua vez, a vida privada refere-se à convivência privada, isto é, às relações mantidas, em princípio, fora do alcance de terceiros. Além disso, compõem o direito à privacidade o direito ao nome, à imagem e à reputação, que protegem a integridade moral do indivíduo, bem como demarcam a individualidade de cada um diante dos outros.<sup>180</sup>

E também a liberdade para negar informações sobre o próprio pensamento está relacionada à privacidade do indivíduo, bem como esse direito ao sigilo se estende a determinados profissionais, como jornalistas, médicos, advogados, psicólogos, padres, entre outros, cujas atividades lidam diretamente com segredos das pessoas por eles assistidas. Diante disso, o Tércio Ferraz Júnior exalta o conteúdo estrutural desse direito no sentido de que é fundamental para que outras garantias fundamentais sejam asseguradas.<sup>181</sup>

Diante disso, resta clara a extensão do direito à privacidade como parte constituinte de outros direitos e liberdades individuais, em especial àquelas relacionadas à liberdade de pensamento, proteção da honra e da imagem, preservação de lugares e objetos íntimos de violações arbitrárias, proteção do sigilo de informações e até mesmo como uma condição para o exercício do direito a não produzir prova contra si mesmo, evidenciando sua relevância como importante garantia do cidadão tanto contra intromissões de terceiros, quanto como garantia oponível à vigilância abusiva. Contudo, observa-se que a referência a essa proteção como garantia contra intrusões indevidas por parte do Estado no exercício da sua função investigativa, em geral, é mencionada apenas de forma tangencial, o que evidencia a necessidade de desenvolvimento dessa discussão entre nossos doutrinadores.

---

179 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, nº 1, p. 439-459 out./dez.1992 p. 442-443

180 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, nº 1, p. 439-459 out./dez.1992 p. 442-443

181 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, nº 1, p. 439-459 out./dez.1992 p. 446-447

## 2.2 O sigilo de dados

Uma extensão do direito à privacidade é exatamente a proteção ao sigilo dos dados dos indivíduos, visto que esses se referem a informações íntimas, exclusivas, ou dizem respeito a questões da vida privada do cidadão, as quais deveriam ser mantidas apenas entre aqueles com os quais se deseja compartilhá-las, como o sigilo bancário, fiscal etc. Há na doutrina nacional divergência acerca do alcance da proteção disposta no artigo 5º, XII, o qual traz a seguinte redação:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Tércio Sampaio compreende que apenas a comunicação dos dados e das correspondências é protegida e não pode ser objeto de intrusão no momento da transmissão. Contudo, afirma que os dados e as correspondências, em si, não estão amparadas por esta proteção. Segundo ele:

O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo 'da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas'. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção e une correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e, depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro.

[...]

A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação.<sup>182</sup>

Ele afirma que a opção do constituinte em autorizar apenas a interceptação telefônica, mediante lei, se deu considerando que as demais informações poderiam ser obtidas por outros meios, menos gravosos, a partir de busca e apreensão de dados. Dessa forma, teria havido uma opção de menor gravidade com relação à ofensa ao direito à privacidade que essa violação representa.<sup>183</sup>

---

182 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de Dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, nº 1, p. 439-459 out./dez.1992 p. 442-443

183 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de Dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, nº 1, p. 439-459

Nesse mesmo sentido, Gustavo Henrique Badaró<sup>184</sup> afirma que, em observância ao que dispõe o inciso XII do artigo 5º da Constituição, a comunicação por correspondência, comunicação telegráfica e a comunicação de dados não poderiam ser vigiadas nem por ordem judicial. Porém, acredita que a interpretação do texto deve observar as mudanças que ocorrem na sociedade, visto que, segundo ele

Uma interpretação literal, que feche os olhos para o avanço da técnica, possibilitará o desenvolvimento de uma criminalidade moderna, em especial para a prática de crimes mais sofisticados, que poderá planejar livremente seus delitos pela troca de correspondência eletrônica ou mediante transferência de dados por sistemas de telemática.

Por fim, conclui que, se antes os dados poderiam ser apreendidos, hoje há comunicação instantânea de dados que não ficam armazenados em computadores, de modo que se faz necessária a interceptação dessa comunicação. Finalmente, cita Geraldo Prado:

Quando os dados informáticos repousarem em bancos de dados, a sua comunicação não poderá ser objeto de interceptação, pois assim estaria sendo violada a Constituição. Porém, interpretada sistematicamente e teleologicamente, não haverá contraste com a norma de garantia a interceptação determinada à luz do *due process of law*, para fins de instrução criminal ou investigação da mesma natureza, quando se tratar de dados transmissíveis de modo a não repousarem em bancos de dados ou forma similar, que permita a apreensão.<sup>185</sup>

Em síntese, para BADARÓ o juiz deverá, no caso concreto, observar se tais dados são armazenados em bancos de dados, situação na qual não deverá autorizar a interceptação no momento da sua transmissão. Já para a comunicação de dados não armazenáveis, se admite, segundo ele, a interceptação da comunicação<sup>186</sup>.

Já para NUCCI<sup>187</sup>, citando Ada Pellegrini Grinover, o texto final do inciso XII do artigo 5º da Constituição de 1988 é confuso e foi produto de uma alteração irregular, realizada pela Comissão de Redação, visto que a redação aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte teria sido:

---

out./dez.1992 p. 450

184 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 505

185 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 505

186 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 506

187NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.608

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou intrusão processual.

Ainda segundo ele, nenhum direito fundamental é absoluto, motivo pelo qual haveria possibilidade de relativização dessas garantias no caso concreto. Para tanto, não necessariamente se deve utilizar o princípio da proporcionalidade visto que:

Não se trata de ponderar qual bem jurídico é mais importante – se a intimidade, a inviolabilidade da correspondência e da vida privada ou a segurança pública e o interesse em punir criminosos – mas sim de garantir a perfeita harmonia entre os princípios, direito e garantias constitucionais. Um direito não deve sobrepujar outro em hipótese alguma, pois inexistente hierarquia entre eles, mormente quando todos estão previstos na Constituição Federal. Deve o aplicador da lei ajustar um ao outro, compreendendo o exato espírito da norma e seu alcance.

Dessa forma, para esse autor, não há direito inviolável, e até mesmo a interceptação de cartas é admissível. Ele cita como exemplo de situação na qual este último tipo de intrusão é admissível a abertura de correspondências de detentos pelo diretor do presídio, visando a prevenção de crimes e tráfico de drogas<sup>188</sup>.

Por sua vez, a jurisprudência também é no sentido de admitir a violação dos dados, preservando-se a transmissão. É o que se observa do entendimento expresso pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 418.416. Para ele:

Reafirmo, pois, que, na espécie, não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve “quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações”, mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial.

Nesse sentido o voto que proferi no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira, quando **asseverei que a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse** (RTJ 179/225,270). E, em aparte, já me adiantara a propósito, para aduzir — RTJ 179/225, 259: Seja qual for o conteúdo da referência a dados no inciso XII, este é absolutamente inviolável. O que, a meu ver, mostra, para não se chegar a uma desabrida absurdidade da Constituição, a ter que concluir que se refere à comunicação de dados. Só, afinal, a telefônica é relativa, porque pode ser quebrada por ordem judicial, o que é fácil de entender, pois a comunicação telefônica é instantânea, ou se colhe enquanto ela se desenvolve, ou se perdeu a prova; já a comunicação de dados, a correspondência, a comunicação telegráfica, não, elas deixam provas que podem ser objeto de busca e apreensão. **O que se proíbe é a intervenção de um terceiro num ato de comunicação, em todo o dispositivo, por**

---

188NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.608

**isso só com relação à comunicação telefônica se teve de estabelecer excepcionalmente a possibilidade da intervenção de terceiros para se obter esta prova, que de outro modo perder-se-ia.**

Em sentido contrário, o próprio Ministro Sepúlveda Pertence refere as manifestações dos ministros Ilmar Galvão e Moreira Alves, no julgamento da AP 307 (1994 - caso Collor)<sup>189</sup>, as quais transcrevemos em parte a seguir, considerando que a interpretação dada por eles ao dispositivo constitucional ora mencionado proporciona uma maior proteção ao direito à privacidade:

Ilmar Galvão:

Mas, mesmo que a apreensão material do computador, no recinto da empresa se houvesse dado em uma das situações fáticas previstas no inc. XI do art. 5º da Carta Federal, ou houvesse sido feita e cumprimento a determinação judicial, ainda assim, não estaria compreendido o conteúdo ideológico de sua memória, razão pela qual a Polícia Federal não poderia ter-se apropriado dos dados contidos naquele microcomputador, para mandar decodificá-los ao seu alvedrio, como fez, acobertados que se achavam pelo sigilo, o qual, conquanto se possa ter como corolário da inviolabilidade do próprio recinto dos escritórios da empresa acha-se especificamente contemplado no inc. XII, do mesmo artigo, ao lado da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

Aliás, nos tempos modernos, em que todos os trabalhos datilográficos das empresas é realizado por meio de digitação, a invasão da memória dos computadores implica fatalmente a quebra do sigilo não apenas de dados em geral, desde relativos a simples agenda até os relacionados a fórmulas e cálculos, mas também de toda correspondência, epistolar e telegráfica, em relação aos quais o manto constitucional é de natureza absoluta, já que não deixou espaço reservado ao trabalho normativo do legislador ordinário, como se fez com as comunicações telefônicas.

Moreira Alves

Com efeito, também com relação aos dados em geral – e, conseqüentemente, os constantes de computador que pode armazenar as mais sigilosas informações que seu proprietário -, estão eles cobertos pela garantia do disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição (...)

Pelos termos em que está redigido esse dispositivo, que só abre exceção para as comunicações telefônicas, é possível sustentar-se para as comunicações telefônicas, é possível sustentar-se que as demais inviolabilidades só admitem sejam afastadas por texto constitucional expresse. Mas, ainda quando se admita que possam ser postas de lado nas hipóteses e na forma prevista na lei, o que é certo é que não há lei que disponha a respeito no concernente – que é o que importa no momento – à inviolabilidade dos dados aludidos no citado texto constitucional

Esses últimos votos demonstram a plausibilidade de uma interpretação mais restritiva das possibilidades de flexibilização dessa garantia constitucional. O posicionamento desses ministros, diante de um texto ambíguo, foi interpretar a Constituição da forma mais protetiva aos cidadãos. Contudo, como se pode observar das opiniões dos doutrinadores

---

<sup>189</sup>Nesse caso, conforme afirma o Ministro Sepúlveda Pertence, não houve um aprofundamento da discussão sobre essa questão específica, visto que a apreensão dos computadores nos quais estavam os dados foi considerada irregular, o que dispensou a análise acerca da validade dos dados armazenados neles. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 307. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 13 de dezembro de 1994..

citados e da jurisprudência predominante, a possibilidade de violação a essa garantia foi potencializada, havendo, inclusive, entendimentos de que nenhum dos sigilos do artigo 5º, XII, são invioláveis, isto é, seria aceitável relativizar os sigilos das correspondências, das comunicações telegráficas e de dados.

Porém, é preciso ressaltar que, mesmo aqueles que defendem a relativização da garantia do sigilo de dados, mantêm a exigência de mandado judicial para que tais informações sejam acessadas pela polícia. Apesar disso, esse posicionamento não foi adotado pelo STF no julgado que iremos analisar a seguir.

### **2.3 Busca e apreensão**

Para análise do objeto específico a ser tratado nos casos a seguir, isto é, da possibilidade de violação dos dados pessoais contidos em aparelhos celulares encontrados com indivíduos presos ou detidos pela polícia, releva observar o que a legislação e a doutrina nacionais dispõem sobre busca pessoal, já que esse é o meio pelo qual esses aparelhos são obtidos. Além disso, como se viu, esse tema foi tratado na decisão *Riley v. California*.

O Código de Processo Penal estabelece que a busca pessoal poderá ocorrer para: b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; h) colher qualquer elemento de convicção.<sup>190</sup>

Além disso, dispõe que, nos casos de prisão ou “fundada suspeita”, essa busca poderá ser realizada sem mandado judicial específico para tal, visando apreender armas ou outros objetos que constituam corpo de delito<sup>191</sup>.

Para Eugênio Pacelli, tanto o domicílio quanto a pessoa são protegidas por

---

190 BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

191 Art. 244. A busca pessoal independe 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



direitos individuais dispostos na Constituição, visto que em tais ambientes se exercita o direito à privacidade e à intimidade. Contudo, afirma que não há óbice à realização de buscas pessoais, desde que as razões presentes no ato demandem que se aja com urgência, o que justificaria a execução dessa ação de natureza cautelar.<sup>192</sup>

Por sua vez, Aury Lopes Júnior critica a legislação considerando a inexatidão do conceito de “fundada suspeita”, visto que é *uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial*. Nesse sentido, cita o julgado do STF, HC 81.304-4/Goiás, no qual determinou-se o arquivamento de termo circunstanciado referente a suposto crime de desobediência cometido por um indivíduo que se negou a submeter-se à revista pessoal. Segundo o Ministro Ilmar Galvão:

a fundada suspeita, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade de revistas, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter configurado na alegação de que trajava, o paciente, 'blusão' suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias, ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder.<sup>193</sup>

Ainda segundo Aury, deveria haver uma maior restrição ou preparo técnico dos agentes policiais para a realização de tais procedimentos, mas, sobretudo, é necessário que tais abusos não sejam validados posteriormente pelo judiciário, conforme costuma acontecer, justificando-se que se trata de consequências dos altos índices de violência urbana. Conclui afirmando que, quando realizada no curso do cumprimento de um mandado de busca domiciliar, não se exigiria uma permissão específica para busca pessoal das pessoas que nela estivessem, considerando que ela está automaticamente autorizada.<sup>194</sup>

Já Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que a própria autoridade policial pode expedir mandados de busca durante a fase das investigações preliminares (menos em se cuidando de busca domiciliar) e assim também poderia realizar essa diligência diretamente. Além disso, afirma que essa busca sem mandado poderá ocorrer nas seguintes situações:

a) No caso de prisão. Se a pessoa for presa, quer em flagrante, quer em virtude de

---

192 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 442

193 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 725

194 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 727

ordem escrita da autoridade competente, o agente da autoridade não necessitará de mandado ou autorização para revistar o preso, isto é, para dar uma busca pessoal, à procura de elementos do *corpus delicti* ou mesmo de qualquer dos objetos enumerados no § 1º do art. 240.

b) Se houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam o corpo de delito, o agente da autoridade poderá revistá-la, sem necessidade de mandado, segundo prescreve o art. 244 do CPP.

c) Finalmente, é autorizada a busca pessoal sem mandado quando a medida for determinada no curso de uma busca domiciliar. Assim, se os agentes da autoridade, durante a realização de uma busca domiciliar, quiserem revistar as pessoas que se encontrarem no interior do prédio ou compartimento onde se realiza aquela, não só poderão, mas deverão fazê-lo, dependendo, lógico, do objeto que se procura.<sup>195</sup>

Renato Brasileiro de Lima divide as buscas pessoais em duas subespécies: a) por razões de segurança, que seriam aquelas que ocorrem para acesso a festas ou em aeroportos, por exemplo, com caráter contratual e não reguladas pelo CPP; b) de natureza processual penal, aquelas que ocorrem mediante “fundada suspeita”, prisão ou no curso de uma busca domiciliar. Neste último caso, não haveria necessidade de autorização judicial para a realização da referida busca.<sup>196</sup>

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a proteção à busca pessoal arbitrária está amparada no art. 5º, X, da Constituição Federal, não havendo garantia específica no CPP. Para ele a busca em veículo inclui pertences pessoais, razão pela qual pode ser vistoriado sem mandado judicial. Ainda segundo ele,

A busca e/ou apreensão não deve ser a primeira medida da investigação, mas a que estiver lastreada em prova pré-constituída. Quanto à exigência de mandado judicial, afirma que não teria mesmo cabimento exigir, para a realização de uma busca pessoal, ordem judicial, visto que a urgência que a situação requer não comporta esse tipo de providência.<sup>197</sup>

Por fim, sobre a fundada suspeita, argumenta que o policial não pode arguir apenas a sua experiência, mas deverá fundamentar sua ação em elementos mais consistentes, como uma informação repassada por terceiro ou a observação direta a partir da qual possa visualizar algum indício. Porém, ressalta que não se pode exigir mandado judicial, considerando a realidade da ação policial que, em regra, demanda urgência na ação dos

---

195 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V. 3. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 425

196 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. Salvador: Juspodivum, 2014. p. 688-9

197 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.608

agentes.<sup>198</sup>

Finalmente, Gustavo Henrique Badaró explica que a busca e apreensão são meios de obtenção de provas. Segundo ele, citando Cleunice Pitombo, busca é

ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da imunidade, vida privada, domicílio e integridade física ou mental), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração<sup>199</sup>

Quanto à busca pessoal, afirma que se trata de restrição à garantia constitucional da intimidade protegida pelo inciso X do artigo 5º da Constituição de 1988 e deverá ocorrer apenas nas situações de fundadas razões previstas no §2º do art. 240 do CPP. Ainda nesse sentido, tece a seguinte crítica à previsão:

A expressão “fundadas suspeitas” é criticável, por ser “ambígua e oca”. Suspeita é uma mera conjectura ou desconfiança, mesmo que frágil, de alguma coisa ou contra alguém. Trata-se de um estado subjetivo, cuja demonstração não tem um referencial concreto e seguro. O CPP deveria ter exigido mais, como “indícios” ou “fundados indícios”, justamente no caso em que franqueia a busca pessoal a autoridades e agentes policiais, prescindindo do mandado judicial”.<sup>200</sup>

É possível observar que há uma confluência nas opiniões dos doutrinadores mencionados, visto que todos asseveram ser possível a realização de buscas pessoais sem a exigência de mandado judicial específico para isso. A pequena divergência está na maior ou menor restrição à ação policial, visto que ora se dá uma maior ênfase aos cuidados e requisitos para execução desse procedimento, ora se atribui a ele um caráter ordinário, como se fosse inerente ao exercício dessa atividade estatal.

Por último, cumpre referir que o Código de Processo Penal prevê, dentre as diligências a serem adotadas pela autoridade policial quando tiver notícia de prática de infração penal, que se deverá: *apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; colher todas as provas que servirem para o esclarecimento*

---

198 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 609

199 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 492

200 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 496

*do fato e suas circunstâncias; determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias.*

Segundo NUCCI, os objetos relacionados com o fato:

são todos aqueles que sejam úteis à busca da verdade real, podendo tratar-se de armas, mas também de coisas totalmente inofensivas e de uso comum, que, no caso concreto, podem contribuir para a formação da convicção dos peritos. Em primeiro lugar, destinam-se tais objetos à perícia, passando, em seguida, à esfera de guarda da autoridade policial, até que sejam liberados ao seu legítimo proprietário.<sup>201</sup>

Dessa forma, caso os agentes policiais entendam que há relação entre o aparelho de telefone celular eventualmente encontrado com os suspeitos do crime e o delito supostamente cometido, poderão apreender o objeto. Assim, nos casos de prisão, não há objeção à apreensão do telefone celular do investigado. Porém, quando se tratar de mera abordagem, não se há falar em apreensão dos objetos encontrados com os indivíduos revistados, haja vista a inexistência de delito.

A partir disso, é possível concluir que, tanto o ordenamento jurídico quanto a doutrina aceitam a realização de busca pessoal sem a exigência de um mandado judicial específico. É um procedimento que, apesar de invadir a privacidade do indivíduo, poderá ser realizado pelos agentes policiais, desde que as razões efetivamente justifiquem essa ação. Dessa forma, cabe ao judiciário observar se a ação policial ocorreu com observância aos parâmetros legais, anulando-se provas obtidas a partir de procedimentos abusivos com o fim de desestimular a repetição de tais práticas.

## **2.6 Análise do HC 91.867/PA, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2012**

Os pacientes Davi Resende Soares e Lindomar Resende Soares foram denunciados pela suposta prática dos crimes previstos no artigo 121, §2º, II e IV (homicídio qualificado),<sup>202</sup> e no artigo 288 (formação de quadrilha), combinados com o artigo 29, todos do Código Penal<sup>203</sup>. Segundo o Ministério Público, eles teriam contratado Francisco Leite da

---

201 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 71

202 BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

203 BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

Silva, conhecido como pistoleiro de aluguel na região, para matar Silvério José Lourenceni, desafeto político daqueles. O cumprimento desse trato ocorreu no dia 27 de novembro de 2004, em plena praça pública, quando a vítima foi atingida na cabeça por diversos disparos de arma de fogo<sup>204</sup>.

A defesa alega que as provas que levaram a acusação a chegar a esta conclusão foram obtidas de forma ilícita, haja vista ter se originado de quebra ilegal de sigilo telefônico. Isso porque os policiais verificaram, sem mandado judicial, os registros das últimas chamadas recebidas e realizadas pelo corréu executor do crime e a partir disso chegaram aos números dos telefones dos pacientes. Além disso, o impetrante alega que a denúncia é inepta, visto que não foram atendidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e que as interceptações telefônicas realizadas posteriormente aos fatos violam o artigo 7º da, II, da Lei nº 8.906/96, considerando que a comunicação telefônicas de advogados, no exercício da atividade, é inviolável.<sup>205</sup>

Nesta análise, iremos nos ater apenas ao posicionamento proferido pelo relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, referente à alegação de ilicitude das provas obtidas por meio do acesso às informações contidas no aparelho de celular do corréu, em razão de sua estreita relação com o caso *Riley v. Califórnia*, estudado no primeiro capítulo, bem como com o HC 51.531/RO (STJ), que será analisado no subitem a seguir.

Inicialmente, a decisão reconhece a garantia constitucional acerca da vedação ao uso, em desfavor do réu, de provas obtidas ilicitamente, nos termo do art. 5º, LVI, bem como reconhece sua relação com outras proteções constitucionais, tais como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o direito ao sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e, ainda, dos dados e comunicações telefônicas (art. 5º, XII)<sup>206</sup>. Nesse mesmo sentido, afirma que tais garantias têm por objetivo assegurar esses direitos fundamentais contra eventuais violações perpetradas por agentes do Estado.

Por outro lado, o relator alega que há uma diferença entre comunicação

---

204BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867/PA. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. data de publicação: 20/09/2012. DJE nº 185, divulgado em 19/09/2012. disponível em <http://www.stf.jus.br/>

205BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867/PA. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. data de publicação: 20/09/2012. DJE nº 185, divulgado em 19/09/2012. disponível em <http://www.stf.jus.br/>

206 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

telefônica e registros telefônicos, informando que suas proteções têm bases jurídicas diversas, concluindo que o disposto no art. 5º, XII não veda o acesso a simples registros ou sua guarda, isto é, não visa proteger os dados em si. Para corroborar essa tese cita o texto de Tércio Ferraz de Sampaio<sup>207</sup>, já referido neste estudo, bem como o julgamento de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, o qual também já foi retromencionado.

Segundo o Ministro, a autoridade policial agiu nos estritos termos do dever que lhe impõe o Código de Processo Penal. Afirma que<sup>208</sup>:

Em princípio, foi como agiu a autoridade policial que, ao **prender em flagrante delito o corréu, tomou a cautela de colher todo material com potencial interesse para investigação. E ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos — meio material indireto de prova —, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito.**

Dessa análise, logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente.

Consigno que os números — registros de ligação no aparelho — estavam acessíveis à autoridade policial, mediante simples exame do objeto apreendido, circunstância que, de fato, diferencia do acesso a informações registradas na empresa de telefonia. Saliento que o exame do objeto — aparelho celular — indicou apenas o número de um telefone.

Esse dado, número de telefone, por si só, conecta-se com algum valor constitucionalmente protegido? Penso que não. É que o dado, como no caso, mera combinação numérica, de per si nada significa, apenas um número de telefone. (grifo nosso).

De fato, conforme afirmou o ministro relator, a autoridade policial tem o dever de apreender os objetos que tiverem relação com o fato e de colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, conforme dispõe o artigo 6º do Código de Processo Penal, já analisado acima.

Porém, ao afirmar que os dados obtidos a partir do acesso ao conteúdo do aparelho celular, isto é, os números de telefone com os quais o usuário manteve contato, não são valores constitucionalmente protegidos, Gilmar Mendes cria subespécies de dados, ou seja, haveria dados protegidos e dados não protegidos pela Constituição. Tal classificação, por si só, evidencia a inconsistência do posicionamento, afinal, qual o amparo legal ou jurídico para se estabelecer esta distinção? Seria razoável atribuir às informações armazenadas em um

---

207 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, nº 1, p. 439-459 out./dez.1992.

208BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867/PA. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. data de publicação: 20/09/2012. DJE nº 185, divulgado em 19/09/2012. disponível em <http://www.stf.jus.br/>

aparelho celular proteção diferente daquela assegurada a outros equipamentos de informática, como *notebooks* e *tablets* por exemplo?

Prosseguindo em seu voto, desenvolve o seguinte raciocínio:

*Ad argumentandum*, abstraindo-se do meio material em que o dado estava registrado (aparelho celular), indago: e se o número estivesse em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão?

Aqui também o equívoco é patente, visto que busca comparar uma anotação realizada manualmente em um papel com uma informação registrada em um equipamento eletrônico, no qual é possível ver a quantidade de ligações, o horário em que elas foram realizadas ou recebidas, se foram concluídas etc.

Conforme se viu das análises dos casos norte-americanos, esse tipo de analogia, nesse cenário de constantes avanços tecnológicos, resulta em evidentes distorções, visto que as formas e as funções dos objetos atualmente não são presumíveis como antes, o que inviabiliza comparações desse tipo. Desse modo, equiparar os registros contidos em um aparelho de telefone celular, os quais muitas vezes são feitos independentemente da vontade do usuário, a um pedaço de papel que alguém traz consigo com um número voluntariamente anotado, consiste em não reconhecer a extensão e a complexidade da mudança pela qual a realidade tem passado.

O voto segue afirmando que o procedimento foi lícito, dentre outros motivos, porque essas informações orientaram o restante da investigação, ou seja, foram úteis à apuração do delito, conforme se vê a seguir:

Nesse contexto fático, reputo não haver qualquer ilicitude no procedimento da autoridade policial, sobretudo porque essa verificação permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para investigação. Ou seja, a autoridade policial, ao apossar-se do aparelho, tão somente procurou obter do objeto apreendido, porquanto razoável obtê-los, os elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e da autoria, a teor do disposto no art. 6º do CPP.

Esse argumento, porém, não apresenta qualquer amparo na doutrina sobre o tema, visto que prova ilícita não é aquela considerada inútil à investigação, mas sim aquela:

colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondência, e outros.<sup>209</sup>

Assim, o que deve ser considerado para aferir a licitude de uma prova é se houve ou não violação a regra legal ou constitucional. No caso, resta evidente que se trata de uma violação ao sigilo de dados, sem mandado judicial, e, portanto, de uma prova ilícita, a qual não poderia ser admitida no processo, nos termos dispostos no inciso LVI do art. 5º da Constituição de 1988, o qual dispõe que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*.

Por fim, a decisão cita voto do Ministro Celso de Mello, no qual ele reafirma que não há direitos e garantias absolutos e que podem haver restrições a prerrogativas individuais diante de razões de relevante interesse público<sup>210</sup>. E, segundo o ministro relator, a gravidade dos crimes cometidos (homicídio e formação de quadrilha) justifica a supressão do direito individual no caso concreto.

Finalmente, o ministro afirma que, mesmo na hipótese de se considerar tal prova ilícita, não seria o caso de se estender a nulidade àquelas dela decorrentes (*fruits of the poisonous tree*), e ressalta que:

A rejeição da prova derivada assenta-se na doutrina americana dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*). O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, aplicou essa teoria, declarando a nulidade de todos os atos praticados no processo, desde a denúncia, inclusive (HC 74.116/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ

---

209AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3ª ed. rev. Ampl. E atual. Em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

210 não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição MS n. 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12.5.2000



14.3.1997; HC 69.912/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.3.1994; HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 4.8.2000).

Referida doutrina, contudo, tem sido objeto de mitigação em razão de seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos. Como bem analisa Eugênio Pacelli, *ao investigado sempre será mais proveitoso a existência de uma prova ilícita, sobretudo se produzida antes do início das investigações. Ai se poderá alegar que todas as demais, subsequentes, dependeriam da informação obtida com a ilicitude* (Oliveira, Eugênio Pacelli, Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pg. 314).

Daí, falar-se em existência de provas autônomas (*independent source*) e em descobertas inevitáveis (*inevitable discovery*) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita.

Como se vê, novamente, o voto apresenta fundamento que poderia ser arguido pela defesa, consistente em uma teoria já incorporada ao direito brasileiro, isto é, a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, expressamente disposta no artigo 157 do CPP<sup>211</sup>, para logo em seguida afastá-la, sob a alegação de que *toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos* e, também, de que tais proteções podem *produzir um quadro de impunidade*.

Diante disso, é possível observar que, neste julgamento, o STF afastou a inviolabilidade da privacidade e do sigilo de dados, previstos no texto constitucional, sob o argumento de que as informações obtidas pelos agentes policiais por meio do acesso ao conteúdo do aparelho celular apreendido com o corréu não seriam dados. Além disso, considerou que, ainda que essa obtenção tivesse ocorrido de forma ilegal, esse fato, por si só, não seria suficiente para invalidar demais provas obtidas a partir delas. Dessa forma, resta evidente a divergência com a Corte norte-americana com relação à legitimação de práticas policiais ilegais.

## **2.6 Análise do RHC 51.531/RO, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça**

Esse caso cuida de recurso ordinário em habeas corpus interposto por Leri Souza e Silva. O impetrante foi preso, no dia 18/3/2014, acusado da prática do delito de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06. Segundo

---

211 Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

a denúncia, a partir de informação anônima informando que o réu receberia carga de drogas ilícitas, a polícia militar iniciou o monitoramento da situação e, assim que a encomenda foi entregue ao recorrente, foi realizada a sua prisão e apreendido com ele recipiente contendo trezentos comprimidos de ecstasy.

A defesa alega que esse procedimento não poderia ter sido realizado sem uma autorização judicial, segundo ela:

após a apreensão do aparelho celular, sem qualquer autorização, a polícia obrigatoriamente teria que ter oficiado ao Juízo, com o conhecimento do MP, antes de proceder à devassa unilateral no conteúdo do aparato, que, necessariamente, teria que ser acompanhada pelo MP e especial pela Defesa, diante dos riscos naturais do desvirtuamento, acréscimo e exclusões do conteúdo a ser extraído

Em seu voto, o ministro relator, Nefi Cordeiro, chama a atenção para o contido no art. 5º, X e XII, da Constituição de 1988, assim como refere as disposições dos artigos 1º e 5º da Lei nº 9.294/96 (Lei das interceptações telefônicas)<sup>212</sup>, do artigo 3º, V, da Lei nº 9.472/97<sup>213</sup> e o artigo 7º da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet)<sup>214</sup>, todas no sentido de assegurar o sigilo das comunicações, bem como, no último caso, das comunicações armazenadas.

Segundo ele, ao acessar os dados de conversas realizadas por meio do aplicativo Whatsapp, que é forma de comunicação escrita e imediata entre dois interlocutores, se está interceptando comunicações de forma não autorizada, o que seria similar também à comunicação por e-mail. Além disso, o celular não é mais apenas um instrumento de

---

212 Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

213 Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: [...] V - à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas; Lei nº 9.472/97 <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm)>

214 Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

comunicação por voz à longa distância, mas um meio de correspondência eletrônica e de mensagens e outras formas de comunicação. Assim, seria ilícita a sua devassa sem ordem judicial, motivo pelo qual determinou o desentranhamento dessas provas dos autos.

Por sua vez, em voto revisor, o Ministro Rogério Schiett se referiu ao caso semelhante já julgado pelo STF (HC 91.867), objeto de estudo do subitem anterior. Porém, apesar de reconhecer a proximidade dos objetos, ressaltou que os fatos narrados naquele julgamento do Supremo Tribunal Federal ocorreram em 2004, período em que os telefones celulares não eram ligados à internet banda larga, o que fazia com que eventual acesso ao seu conteúdo não fosse tão intrusivo como o que ocorre na situação atual, considerando a infinidade de aplicativos de comunicação instalados nesses aparelhos.

Ele faz também uma citação do já referido artigo *A trilogia Olmstead, Katz e Kyllo*<sup>215</sup>, ressaltando o chamado direito probatório de terceira geração, que se refere às provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados intangíveis pelos sentidos e pelas técnicas de investigação tradicionais, a qual transcrevemos a seguir, considerando a importância dos questionamentos nela contidos:

A menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, demonstra claramente que tais elementos vinculados à propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são "coisas" ou "qualquer elemento de convicção", para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais.

Nesse sentido, tome-se o exemplo de um smartphone: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam em muito o conceito de coisa ou de telefone.

**Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um smartphone, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto?**

Suponha-se, de outra parte, que se pretenda utilizar um sistema capa? de captar emanações de calor de uma residência, para, assim, levantar indícios suficientes à obtenção de um mandado de busca e apreensão: se estará a restringir algum direito fundamental do interessado, a demandar a obtenção de um mandado expedido por magistrado imparcial de equidistante, sob pena de inutilizabilidade? O e-mail, incidentalmente alcançado por via da apreensão de um notebook, é uma "carta aberta ou não"? Enfim, o conceito de coisa, enquanto *res* tangível e sujeita a uma relação de pertencimento, persiste como referencial constitucionalmente ainda aplicável à tutela dos direitos fundamentais ou, caso concreto, deveria ser substituído por outro paradigma? Esse é um dos questionamentos básicos da aqui denominada de prova de terceira geração: "chega-se ao problema com o qual as Cortes interminavelmente se deparam, quando consideram os novos avanços tecnológicos: **como aplicar a regra baseada em tecnologias passadas às presentes**

---

215 KNIJNI, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região. – Vol. 1, n. 1 (out. 2014) . p 77-97 p. 87.

**e aos futuros avanços tecnológicos".** Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar. (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, p. 179)

Por fim, faz menção à “Jurisprudência comparada” e explica a discussão objeto do julgamento do caso *Riley v. California*, pela Suprema Corte Norte-americana, no qual, conforme já vimos anteriormente, houve decisão favorável ao réu. Finalmente, conclui seu voto da seguinte forma:

Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões *a priori* absolutas. Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de *whatsapp* sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente.

Como se vê, neste último caso, os ministros do STJ decidiram a favor da preservação da privacidade do indivíduo. O relator trouxe da própria legislação nacional dispositivos que asseguram essa proteção e os utilizou como fundamento principal de sua decisão, ao entender que as informações armazenadas no aplicativo WhatsApp, instalado no aparelho de celular do réu, são registro de comunicação e, por isso, exigem decisão judicial para que possam ser devassadas.

Por sua vez, o ministro revisor incluiu em seu voto a discussão sobre um importante precedente nacional e afirmou que as transformações trazidas pelo avanço da tecnologia alteraram o quadro de tal forma que aquele julgado não seria mais aplicável, considerando que os celulares contemporâneos trazem uma quantidade muito superior àquela que guardavam os aparelhos comercializados dez anos atrás. Dessa forma, reconheceu que atualmente esse tipo de intrusão constitui uma grave violação à privacidade do cidadão. Além disso, reforçou seu argumento com a referência a um precedente da Corte norte-americana e com referência a estudo acadêmico contemporâneo.

## **2.6 Conclusão do 2º Capítulo: Ideias fora do lugar**

No ensaio clássico intitulado *As ideias fora do lugar*, no qual discute a relação entre as ideias iluministas e a realidade arcaica e escravocrata no Brasil do século XIX, bem como suas implicações na produção literária, Roberto Schwarz desenvolve um raciocínio por

meio do qual explica como essa contradição é, ao mesmo tempo, dissimulada em alguns discursos e práticas, mas, também, parte constituinte do nosso processo de desenvolvimento. Segundo ele:

É claro que a liberdade do trabalho, a igualdade perante a lei e, de modo geral, o universalismo eram ideologia na Europa também; mas lá correspondiam às aparências encobrindo o essencial – a exploração do trabalho. Entre nós, as mesmas ideias seriam falsas num sentido diverso, por assim dizer, original. A Declaração dos Direitos do Homem, por exemplo, transcrita em parte na Constituição Brasileira de 1824, não só não escondia nada, como tornava mais abjeto o instituto da escravidão.

[...] havíamos feito a Independência há pouco, em nome de ideias francesas, inglesas e americanas, variadamente liberais, que assim faziam parte de nossa identidade nacional. Por outro lado, com igual fatalidade, este conjunto ideológico iria chocar-se contra a escravidão e seus defensores, e o que é mais, viver com eles.<sup>216</sup>

Esse autor explica também que, além da escravidão, a “cultura do favor” também desmente as ideias liberais, visto que se trata da relação entre o “homem livre” e o latifundiário, ou seja, o proprietário. Segundo ele, há nesse aspecto particular uma maior dificuldade de se evidenciar mais essa distorção do nosso sistema, visto que se trata de uma característica escamoteada, porém extremamente nociva, considerando que compromete qualquer proposição crítica dos intelectuais, dada sua condição de dependência dos senhores.<sup>217</sup>

O crítico reconhece que mesmo no contexto em que tais ideias são gestadas, isto é, na Europa, os conceitos de universalidade e demais valores iluministas também são ocultos, não se refletem na realidade fática, o que foi denunciado pelas revoltas sociais ocorridas por lá. Dessa forma, haveria uma espécie de duplo falseamento, na medida em que se copiam ideias já falseadas em sua origem, seria, assim, uma espécie de oco dentro do oco.<sup>218</sup>

A relação que se pretende fazer com essa referência é no sentido de reconhecer que o descompasso entre ideias e realidade também se observa quando contrapomos as diversas garantias processuais penais, e especificamente a proteção à privacidade já discutida nesta monografia, e a suas constantes relativizações, seja pela doutrina nacional, seja pela Corte Constitucional do país.

---

216SCHWARZ, Roberto. Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000. p. 14

217SCHWARZ, Roberto. Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000. p. 16

218SCHWARZ, Roberto. Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000. p. 19

Atendo-nos apenas ao já discutido até aqui, foi possível observar que a Quarta Emenda à constituição norte-americana, ratificada no final do século XVIII (1791), dispõe sobre a proteção que o povo daquele país tem para que pessoas, casas, papéis e haveres (efeitos) não sejam objetos de buscas e apreensões não razoáveis por parte do Estado. Conforme se observou, essa proteção foi estendida para as mais diversas situações ao longo do tempo, servindo de fundamento para reprovar violações cometidas por meio de interceptações telefônicas ou por meio acesso indevido a dados armazenados em celulares. Observando-se fenômenos semelhantes com as demais emendas integrantes da *Bill of Rights*.

Evidentemente, assim como os ideais liberais não eram exatamente observados na realidade prática da Europa do início do século XIX, conforme afirmado por Schwarz, violações aos direitos dos cidadãos estadunidenses também fazem parte do cotidiano daquele país, demonstrando-se, assim, a fragilidade das ideias quando expostas ao teste da realidade. Contudo, esses mesmos direitos, quando submetidos ao crivo da Suprema Corte Norte-americana, são reconhecidos e têm a sua efetividade reafirmada por aquele tribunal, ou seja, há uma legitimação de tais valores pelo discurso de uma autoridade legitimada a fazê-lo, com reflexos na realidade fática.

Ainda quando ela não se posiciona a favor do indivíduo, há um esforço argumentativo para justificar a decisão tomada. Os debates que ocorrem entre os *Justices* demonstram a profundidade do debate e há uma preocupação evidente com a coerência do sistema, manifestada com o esforço argumentativo exigido para se alterar o paradigma estabelecido em algum julgamento precedente. Em síntese, “as ideias” que asseguram direitos têm consequências discursivas, ideológicas e práticas.

Já no Brasil, o direito à intimidade e à vida privada, a inviolabilidade do sigilo de dados, a proteção contra buscas pessoais não razoáveis, apesar de estarem positivados no ordenamento jurídico, são frequentemente relativizados tanto pela doutrina, quanto pelo STF, utilizando-se para isso, em regra, de algum precedente da Corte. Assim, constitui-se um sistema no qual um certo precedente, que valida uma determinada violação de direito em um caso concreto específico, cria uma espécie de regra de violação, tornando-se a garantia daquele direito exigível apenas “quando for possível”.

Apenas para exemplificar essas divergências das Cortes dos dois países, com relação ao respeito às garantias individuais, citamos os trechos a seguir, já mencionados neste trabalho, nos quais são tratados assuntos semelhantes.

Primeiro, sobre a comparação entre aparelhos celulares e outros objetos:

Suprema Corte Norte-americana:

De fato, uma pesquisa em um celular normalmente expõe ao governo muito mais do que uma pesquisa mais exaustiva de uma casa: um telefone não contém apenas registros sensíveis em formato digital, anteriormente encontrados no lar; ele também contém uma ampla gama de informações privadas nunca encontradas em uma casa em qualquer formato, a menos que seja um telefone.<sup>219</sup>

Supremo Tribunal Federal:

*Ad argumentadum*, abstraindo-se do meio material em que o dado estava registrado (aparelho celular), indago: e se o número estivesse em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão?

É de ver que, ao utilizar de comparações entre dados armazenados em um aparelho de telefone celular, cuja constituição e funcionalidade apresentam características que vão muito além de mero suporte para guarda de informações, com um bilhete físico guardado no bolso do réu, demonstrou total desconexão com a complexidade advinda das novas ferramentas tecnológicas, com evidente intuito de afastar o provimento à pretensão do indivíduo. Por outro lado, os membros da corte estadunidense reconheceram as especificidades e a amplitude dos riscos diante da mesma situação e deram efetividade ao direito já formalmente estabelecido.

Dessa mesma forma ocorre com o tratamento dado às dificuldades que a proteção à privacidade cria para a investigação policial:

---

<sup>219</sup>“Indeed, a cell phone search would typically expose to the government far *more* than the most exhaustive search of a house: A phone not only contains in digital form many sensitive records previously found in the home; it also contains a broad array of private information never found in a home in any form—unless the phone is.” *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014). Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf).

Suprema Corte Norte-americana

Não podemos negar que a nossa decisão de hoje terá um impacto sobre a capacidade de aplicação da lei para combater o crime. Os telefones celulares tornaram-se ferramentas importantes para facilitar a coordenação e comunicação entre os membros de empresas criminosas, e podem fornecer valiosas informações incriminatórias sobre criminosos perigosos. Privacidade tem um custo.<sup>220</sup> (tradução livre)

Supremo Tribunal Federal

Na hipótese, a envolver crimes de formação de quadrilha e homicídio qualificado encomendado, a atitude das autoridades policiais de analisar os últimos registros contidos nos celulares apreendidos é perfeitamente razoável, não havendo que se falar em lesão à intimidade ou à privacidade do corréu Francisco Leite da Silva, tampouco dos pacientes. Não há direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto, sendo certo, também, que esses não podem, a qualquer pretexto, servir de manto protetor de práticas escusas.

Como se vê, enquanto a Corte estadunidense reconhece eventuais prejuízos às investigações policiais decorrentes de sua decisão favorável ao indivíduo, o STF reforça o “mantra” de que não há direitos indisponíveis e afirma que a privacidade não pode servir de “manto protetor” à criminalidade.

Ainda sobre essa recusa do STF em dar efetividade a direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos, releva mencionar a análise de Ricardo Jacobsen Gloeckner que, ao discutir as nulidades no processo penal, afirma que a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade dos atos praticados pelo Estado, em âmbito processual penal, tem sido no sentido de sobrepor a legislação ordinária aos princípios dispostos na Constituição, especialmente com relação à prevalência do art. 563 do CPP<sup>221</sup>, o qual positiva o princípio *pas de nullité sans grief*.

Dessa forma, há uma tendência a se validar quaisquer atos quando não se comprove um efetivo prejuízo, é o que se vê, por exemplo, na manutenção da Súmula nº

---

220 We cannot deny that our decision today will have an impact on the ability of law enforcement to combat crime. Cell phones have become important tools in facilitating coordination and communication among members of criminal enterprises, and can provide valuable incriminating information about dangerous criminals. Privacy comes at a cost. *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2493 (2014).

221 Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.



523.<sup>222</sup> Além disso, o reconhecimento de nulidades processuais tem sido tratado como um prejuízo maior ao processo do que os seus demais efeitos deletérios.<sup>223</sup>

Ainda segundo esse autor, há uma circularidade nos julgados da Corte, isto é, uma autorreferência que compromete a atualização do posicionamento do órgão diante dos princípios dispostos pela Constituição de 1988. Ademais, não é possível encontrar a genealogia dos precedentes, ou seja, o paradigma matriz, visto que todos os casos analisados remetem a um processo anterior, cujo principal objeto de análise muitas vezes não é o mesmo daquele discutido no precedente que o cita. Explica o autor:

O que indica esta circularidade para efeitos de construção de linhas e trâmites dos precedentes no âmbito do STF? Certamente que esta projeção dos precedentes, que passam a ter vida própria, por decerto servindo como fios condutores de decisões posteriores se inclui, notadamente, como um efeito burocrático dos julgados no Brasil. Para além de se tratar de uma característica específica do STF, a remissão constante e que se imiscui num “fundo imemorial” de decisões conformadoras de um espírito presentificante da instituição se apresenta igualmente em outros tribunais. [...] De fato, se o efeito perenizador dos julgados entroniza uma estabilização mediante uma memória da “Corte”, por certo que se haveria de verificar como este modal poderia surtir efeitos jurídicos, em especial pelo fato de que os precedentes se refiram na mais das vezes a julgados que partiriam de grupos de casos diversos. p. 737.

Ainda segundo ele, essa circularidade:

- a) implica necessariamente num defeito do direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais, uma vez que os precedentes atualizam categorias utilizadas em circunstâncias e contextos diversos;
- b) conduz a um automatismo decisório, que faz da Corte Constitucional um agente burocrático do sistema, fadado a um discurso cacofônico e tautológico;
- c) serve de camuflagem simbólica para a permeabilidade do discurso processual penal à ideologia autoritária própria do Código Rocco e da maximização da defesa social;
- d) Não permite a discussão (imprescindível) acerca do sistema de nulidades previsto na legislação processual penal e sua compatibilidade constitucional;
- e) demonstra à saciedade o descompasso entre uma Corte Constitucional e sua função de garantidora dos direitos e garantias fundamentais, preferindo ao invés, garantir a intocabilidade de leis editadas em momento político absolutamente contraposto ao democrático;
- f) sinaliza com a manutenção de um pensamento e cultura inquisitórios, confirmados pela equipolência de categorias processuais penal sabidamente infensas aos regimes democráticos, se encarregando de sua parasitagem no Estado Democrático de Direito. p. 739-740

Como se vê, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, frequentemente

---

222 Súmula 523 – No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

223 GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2015. 734-736

referendado pela doutrina, é no sentido de afastar ainda mais as ideias dispostas no texto constitucional de sua aplicação prática, especialmente quando se trata de garantir proteções em âmbito processual penal. Dessa forma, enquanto não houver uma transformação no modo como a Corte Constitucional do país atua quando acionada para reafirmar os direitos e garantias dos cidadãos, a oponibilidade do direito à privacidade, dentre outros, frente às ações abusivas do Estado será mera ideia fora do lugar.

## **Conclusão**

O uso de novas tecnologias pelos agentes do Estado incumbidos da persecução penal é uma realidade que vem se atualizando ao longo da história, especialmente do início do último século até o momento presente. Pode-se citar, como se viu ao longo deste trabalho, o uso de interceptações e gravações telefônicas, fixação de equipamentos capazes de monitorar a movimentação dos investigados, voos sobre residências por meio do uso de aeronaves, instalação de sensores de temperatura e movimento do lado externo das residências, filmagens, fotografias, monitoramento remoto de aparelhos celulares e computadores por meio dos quais se observa tudo aquilo que os seus proprietários armazenam e trocam de informações com outros indivíduos.

Também há uma transformação constante dos instrumentos utilizados pelos

indivíduos para armazenar suas informações, trocá-las, trabalhar e mesmo para o lazer. Rotinas têm sido transformada numa velocidade que as leis, se vistas de forma estáticas, não podem acompanhar.

Todo esse aparato tecnológico fragiliza especialmente o direito à privacidade dos indivíduos pois permite que esses sejam vigiados de formas cada vez menos intrusivas fisicamente, porém bem mais eficazes. Além disso, os próprios cidadãos se expõem cada vez mais ao guardar seus dados e segredos em suportes com relação aos quais têm pouco ou nenhum controle, como se observa da computação em nuvem, por exemplo.

Nesse sentido, foi possível observar, de forma sintética, como a Suprema Corte Norte-americana tem atuado de modo a preservar os direitos dos indivíduos à privacidade diante do ímpeto punitivo estatal, moldando a aplicação das disposições constitucionais e os próprios precedentes à realidade que se lhe apresenta.

Também foi interessante notar neste estudo a vinculação e o respeito que os juízes da Corte constitucional têm com relação aos precedentes da instituição, o que exige deles um esforço argumentativo e analítico para superá-los, fazendo com que seu estudo também não possa abdicar de conhecer e referir esses casos precedentes, como se tentou fazer aqui. Isso se dá pela lógica dos países regidos pelo *common law*, na medida em que é preciso ter segurança jurídica e estabilidade nas decisões no sentido de deixar claro aos cidadãos e aos agentes do Estado os limites que aquele Tribunal estabelece, necessitando-se, pois, de fundamentação contundente para modificar uma regra já recepcionada por aquela comunidade.

Diante disso, é de ver que de fato há um posicionamento daquela Corte que visa garantir a privacidade do indivíduo, seja diante do uso de tecnologias pelo Estado (caso *Katz v. United States*), seja diante dos equipamentos tecnológicos utilizados pelos investigados (caso *Riley v. California*).

Contudo, não se pode deixar de pontuar os problemas na aplicação dessas garantias quando o Tribunal oscila e se utiliza de fundamentos pouco plausíveis para excepcionar a sua incidência no caso concreto, como se percebe em algumas das críticas feitas pelos analistas citados. Além disso, as demais cortes de apelação e juízes, por vezes, sequer

permitem ao acusado alegar eventuais nulidades nos procedimentos de colheita de provas realizados pelos agentes estatais, o que diminui em muito a efetividade das regras e princípios dispostos nos precedentes constitucionais julgados pela Suprema Corte<sup>224</sup>.

Apesar disso, é inegável a contribuição que o histórico dos casos aqui referidos e a respectiva análise podem trazer quando opostos à atuação do judiciário brasileiro em casos semelhantes, conforme se pode perceber no estudo realizado. Isso porque, em que pese se tenha um conjunto de regras e princípios constitucionais, além de diversos dispositivos legais que asseguram proteção à privacidade do cidadão contra investidas dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal, tais garantias não são efetivamente respeitadas.

Como se viu, a doutrina, muitas vezes, antes mesmo de delinear a amplitude de determinado direito, bem como de reconhecer a importância de preservá-lo, enfatiza que não há direitos e garantias absolutos e que todos eles podem ser relativizados a partir de ponderações operacionalizadas com o uso dos sempre referidos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse sentido, é possível notar uma propensão permanente a se priorizar os amplos e ambíguos princípios do interesse público e da segurança pública.

Dessa mesma forma, tem sido a atuação do Supremo Tribunal Federal, a quem caberia precipuamente a guarda da Constituição e, conseqüentemente, dos direitos e garantias individuais nela dispostos, haja vista, por exemplo, o posicionamento adotado no caso estudado, bem como as recentes decisões relacionadas ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Cite-se, para ficarmos apenas com demonstrações recentes, a permissão para início de execução de pena sem sentença penal condenatória transitada em julgado<sup>225</sup> e a autorização para que policiais violem domicílios de suspeitos de tráfico e justifiquem *a posteriori* as razões que os levaram a isso<sup>226</sup>.

É preciso considerar que a atual dinâmica das transformações trazidas pelas inovações tecnológicas demanda uma atuação consistente da Corte no sentido de rechaçar

---

224 HERINGER JÚNIOR, Bruno, op.cit. p. 7

225Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Habeas Corpus 126.292. DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>

226Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 603.616/ES. DJE nº 93, divulgado em 09/05/2016. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>

ações abusivas do Estado, considerando que estas são perpetradas com o objetivo de investigar e controlar seus cidadãos por meio de práticas ilegais, invadindo-lhes a privacidade. Portanto, cabe ao poder judiciário atuar efetivamente como ator imparcial no curso das perseguições estatais, nos termos propugnados pelo modelo acusatório, de modo a se evitar a continuidade de medidas intrusivas e arbitrárias adotadas por policiais e membros do ministério público.

Nesse sentido, a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no caso retromencionado, demonstra que é possível considerar que ainda se pode ter no judiciário brasileiro uma barreira às violações à privacidade costumeiramente protagonizadas por agentes policiais. Naquele julgamento, o tribunal optou por assegurar o cumprimento às normas e princípios legais que regem o tema no país. Além disso, ao buscar no direito comparado, no caso o norte-americano, parâmetros para sua atuação diante de uma situação nova trazida pelas novas tecnologias, demonstrou que reconhece a complexidade do desafio imposto por esse novo cenário, a exigir dos julgadores uma maior capacidade de análise e compreensão da realidade que se impõe.

Em síntese, cabe à doutrina e à jurisprudência do país dar efetividade às garantias constitucionais e legais já estabelecidas. Para isso, é preciso reconhecer esses direitos como normas impositivas e vinculantes da ação estatal e não como meros dispositivos formais. Assim, ao ser confrontados por situações novas, que impliquem agressões a direitos individuais cometidas a partir do uso de inovações tecnológicas, cumpre à academia e ao judiciário expandir seu campo de análise, seja visitando outros ordenamentos jurídicos, seja aprofundado o debate da técnica especializada, mas sem perder de vista as especificidades nacionais e a prevalência que devem ter as garantias dos cidadãos sobre as vulnerabilidades trazidas por tais inovações.

## **Referências Bibliografia**

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3ª ed. rev. Ampl. E atual. Em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Revista Interesse Público - IP. Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan. / fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867/PA. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. data de publicação: 20/09/2012. DJE nº 185, divulgado em 19/09/2012. disponível em <http://www.stf.jus.br/>

\_\_\_\_\_ Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

\_\_\_\_\_ Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

\_\_\_\_\_ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**BOYD, JOHN W. The Reasonable Expectation of Privacy - Katz v. United States, a Postscriptum.** Indiana Law Review, Vol. 9, Issue 2 (January 1976), pp. 468-499

Brown v. Board Education **347 U.S. 483 (1954).**

DERY, George M. & MEEHAN, Kevin. **A New Digital Divide? Considering the Implications of Riley v. California's Warrant Mandate for cell phone searches.** 18 U. Pa. J.L. & Soc. Change 311 (2015)

FERNANDES, Antônio Scarance. O sigilo e a prova criminal. Ciências Penais | vol. 4/2006 | p. 153 - 164 | Jan - Jun / 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, nº 1, p. 439-459 out./dez.1992 p. 442-443

**FRIEDLAND, Steven. Riley v. California and the Stickiness Principle [article]** *Duke Law & Technology Review*, Vol. 14, pp. 121-139.

FRIEDMAN, Sandra de Castro **Arcabouço teórico para discussões sobre o panorama multifacetado da privacidade na era digital.** Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2013.

Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335 (1963). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/case.html>> Acesso em 7/5/2016.

GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular.** 2ª ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2015. 734-736

Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>>

HEMMER, Andrew. **Duty of Candor in the Digital Age: The Need for Heightened Judicial Supervision of Stingray Searches,** 91 Chi.-Kent. L. Rev. 295 (2016).

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 115/2015 | p. 61 - 80 | Jul - Ago / 2015 DTR\2015\11455.p. 4

ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. **Processo Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Katz v. United States 389 U.S. 347, 1967. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#annotation>

KNIJNI, Danilo. **A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI**. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região. – Vol. 1, n. 1 (out. 2014) . p 77-97 p. 87.

LAMPARELLOT, Adam. **Riley v. California: A Pyrrhic Victory For Privacy?** U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 393 (2015).

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. Salvador: Juspodivum, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Mapp v. Ohio (367 U.S. 643 (1961). in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. **Processo Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 126-134

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Miranda v. Arizona 384 U.S. 436, 1966. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>> Acesso em 7/5/2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLMSTEAD v. U.S., 277 US 438, 1928. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>>

PESCIOTTA, Daniel. **I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century**. Case Western Reserve Law Review, Vol. 63, Issue 1 (Fall 2012), pp. 187-256.

Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2493, 2014. Disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_8l9c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf).

RUARO, R. Linden; RODRIGUEZ, D. Piñeiro Rodriguez. **O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação**. Revista de Direito da PUC. 2010.

MILLER, Thomas Mann. **Digital border searches after Riley v. California**. Washington Law Review, Vol. 90, No. 4, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2015 p. 208.

SIMONS, Ric **The Missed Opportunities of Riley v. California**.12 Ohio State Journal of Criminal Law, 2014.



TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V. 3. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

**United States v. Karo**, 468 U.S. 705 (1984) in ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. **Processo Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 189-194

**VIEIRA, José Ribas (Coord.). Direitos à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 111.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., **The Right to Privacy**. Harvard Law Review. 193.1890, Disponível em <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)> Acesso em 9/5/2016.

#### Sites:

Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/12/1719934-justica-determina-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-brasil-por-48-horas.shtml>> e <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/05/1766869-justica-determina-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-o-brasil-por-72-horas.shtml>> Acesso em 13/4/2016.

Disponível em <<https://tecnoblog.net/174411/telegram-2-milhoes-usuarios-brasil-whatsapp/>>

<<http://www.conjur.com.br/2016-mai-03/desembargador-tj-determina-desbloqueio-whatsapp>> Acesso em 10/5/2016

<<http://www.bce.unb.br/bases-de-dados/>>