



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS
SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GERENCIAMENTO DE SEGURANÇA
PÚBLICA- CEGESP**

BERNARDO COMUNALE

**NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS
CONTIDOS NO TELEFONE CELULAR DO PRESO EM FLAGRANTE**

**GOIÂNIA
2017**

BERNARDO COMUNALE

**NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS
CONTIDOS NO TELEFONE CELULAR DO PRESO EM FLAGRANTE**

Artigo apresentado ao CEGESP/2017, da Secretaria de Segurança Pública, em cooperação técnica com a Universidade Estadual de Goiás, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Gerenciamento de Segurança Pública

Orientadora professora: Nélia Cristina Pinheiro Finotti

GOIÂNIA
2017

BERNARDO COMUNALE

**NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS
CONTIDOS NO TELEFONE CELULAR DO PRESO EM FLAGRANTE**

Data da Aprovação: ____/____/____

Prof. (a) Orientadora: Nélia Cristina Pinheiro Finotti

Prof. (a) (nome do avaliador)

Prof. (a) (nome do avaliador)

GOIÂNIA

2017

NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS CONTIDOS NO TELEFONE CELULAR DO PRESO EM FLAGRANTE

Bernardo Comunale¹

RESUMO

Em agosto de 2016, o Superior Tribunal de Justiça – STJ proferiu decisão vedando que policiais acessassem os dados contidos nos telefones celulares de pessoas presas em flagrante. Segundo essa decisão, o acesso a esses dados necessita de prévia autorização judicial. A pesquisa visa a analisar essa vedação, demonstrando o prejuízo para as instituições policiais, a partir da análise das teorias do garantismo penal e da vedação à proteção deficiente, bem como a partir da ponderação de direitos fundamentais. Para isso, será abordado de maneira sucinta a evolução histórica dos direitos fundamentais, o surgimento das teorias do garantismo penal (e de sua vertente monocular hiperbólica) e da vedação à proteção deficiente e a interpretação a partir da ponderação de direitos.

Palavras-chave: Acesso dados celular. Garantismo penal. Proteção deficiente. Ponderação de direitos.

ABSTRACT

In August 2016, the Superior Court of Justice (STJ) issued a decision prohibiting police officers from accessing the data contained in the cellular phones of persons arrested in flagrante. According to this decision, access to such data requires prior judicial authorization. The present research aims at analyzing this fence, demonstrating the damage to the police institutions, from the analysis of theories of criminal guaranty and the prohibition of poor protection, as well as from the consideration of fundamental rights. To this end, the historical evolution of fundamental rights, the emergence of theories of criminal guaranty (and its hyperbolic monocular aspect) and the prohibition of poor protection and interpretation based on the weighting of rights will be briefly discussed.

Keywords: Cellphone data access. Poor protection. Fundamental rights

¹ Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Delegado de Polícia Civil do Estado de Goiás.

INTRODUÇÃO

Em agosto de 2016, o Superior Tribunal de Justiça - STJ publicou acórdão segundo o qual o acesso aos dados do telefone celular do preso em flagrante, sem prévia decisão judicial, seria ilícito, tornando nulas as provas obtidas a partir desse acesso.

O objetivo do presente trabalho é analisar essa decisão, levando em consideração a evolução dos direitos fundamentais, as teorias do garantismo penal e da vedação à proteção deficiente, suscitando a ponderação como forma de resolver a colisão entre direitos fundamentais.

Com base no exposto no parágrafo anterior, pretende-se verificar se: o acesso ao conteúdo do celular viola os direitos e garantias fundamentais? O direito à intimidade se sobrepõe ao interesse público? Não deveria haver uma ponderação levando em consideração o tipo do crime, analisando se o celular não seria instrumento para esse?

O tema é de extrema relevância para toda a sociedade, notadamente na área de segurança pública, pois, de um lado temos o direito individual à intimidade, de outro, há o interesse coletivo à segurança. Assim, A exigência de decisão judicial pode prejudicar, até mesmo inviabilizar, a persecução penal, pois provas importantes estão presentes nos telefones celulares, que muitas vezes é o próprio instrumento do crime. O tempo necessário para uma decisão judicial, pode gerar impunidade.

Nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida. Assim, por meio da ponderação de valores, deve ser analisado no caso concreto a necessidade de acessar esses dados.

Espera-se demonstrar que condicionar o acesso a esses dados a uma decisão judicial em todos os casos, indistintamente, traz prejuízos à sociedade, a análise deve ser a partir do caso concreto, a partir da ponderação de qual direito fundamental deve prevalecer no caso concreto.

Para alcançar esse objetivo, será feita uma sucinta análise da evolução histórica dos direitos fundamentais, das teorias do garantismo penal e da vedação à proteção deficiente, da decisão do STJ e dos princípios utilizados para resolver conflito entre direitos fundamentais.

1 EVOLUÇÃO E DISTINÇÃO DOS DIRETOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente será apresentado um breve contexto histórico, mostrando a evolução dos direitos e garantias fundamentais dos seres humanos.

Essa evolução só foi possível a partir do fortalecimento do estado democrático de direito. Segundo Moraes (2014, p.5):

O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.

Conforme dito acima, os direitos fundamentais só existem a partir do Estado Democrático de direito. Isso se deve ao fato de que surgiram com os ideais iluministas, exatamente como contraponto ao poder estatal, à excessiva influência do Estado na vida do cidadão comum.

Em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, Silva (2005, p.178), complementa esse conceito, ao asseverar que os direitos fundamentais não significam uma contraposição da esfera privada à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação desse. Os direitos fundamentais são a limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, pois que é dependente dela.

Antes de falar sobre os direitos fundamentais, cabe uma breve explicação: apesar de não haver consenso na diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, de um modo geral, pode-se distingui-los a partir do âmbito de sua aplicação. Enquanto a expressão “direitos humanos” tem maior utilização no plano internacional, “direitos fundamentais” tem maior utilização interna, conforme a opção política de cada país.

Para esclarecer melhor o tema, trazemos a explicação de Sarlet (2006, p.35):

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal.

Com o passar do tempo e o fortalecimento dos estados democráticos o rol de direitos e garantias fundamentais foi aumentando. Os autores costumam definir esses direitos em gerações ou dimensões.

Em um primeiro momento, o termo utilizado foi "gerações". Todavia, autores mais modernos passaram a utilizar o termo "dimensões", sob o argumento de que "gerações" traria uma idéia de superação, de substituição. Ocorre que essa superação não ocorre nos direitos fundamentais, na verdade, cada nova "geração" se soma às anteriores, assim, preferiu-se adotar o termo "dimensão".

Novamente, não há um consenso, quanto ao número dessas gerações ou dimensões. Didaticamente, os direitos fundamentais são de 3 (três) dimensões. A primeira que exprime os ideais de Liberdade (direitos individuais e políticos), a segunda de Igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e a terceira de Fraternidade (direitos da solidariedade internacional).

Alguns autores chegam a falar em quarta e, até mesmo, quinta dimensão dos direitos fundamentais, no entanto, além de ser uma posição minoritária, adentrar nesse tema fugiria ao escopo do presente trabalho.

Importante, também, diferenciar direitos e garantias fundamentais. Segundo Lenza (2016) os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.

Para ilustrar, podemos citar o artigo 5º, inciso VI da constituição federal, no qual verificamos um direito (é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos) e sua respectiva garantia (garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias).

Há ainda os remédios constitucionais (habeas corpus e habeas data, por exemplo), que seriam uma espécie do gênero das garantias constitucionais).

Ainda sobre a diferença entre direitos e garantias, assim disse Ferreira (2014):

Em princípio, vale destacar que direitos e garantias não são sinônimos. Direitos são normas de conteúdo declaratório (por exemplo, direito à honra, locomoção), enquanto as garantias são normas de conteúdo assecuratório, preservando o direito declarado (por exemplo, indenização por dano à honra, habeas corpus para garantir a locomoção). Portanto, enquanto o direito se presta a declarar, a garantia, por sua vez, busca preservar. A Constituição Federal, quando se refere aos direitos e garantias fundamentais, traz um gênero que se subdivide em algumas espécies, conforme o Título II da Carta Magna. Da forma como nele exposto, os direitos e garantias fundamentais são classificados em: (a) Direitos Individuais e Coletivos: estão presentes em extensa lista no rol do art. 5º, ressaltando-se que o STF já firmou entendimento de que os direitos e garantias individuais podem ser encontrados em outros dispositivos constitucionais espalhados na CF/88; (b) Direitos Sociais: estão previstos entre os artigos 6º a 11 da CF/88; (c) Direitos de Nacionalidade: previstos no art. 12 e 13 da CF/88; (d) Direitos Políticos: previstos na forma dos arts. 14 a 17 da CF/88.

Nesse contexto, fácil perceber a importância dos direitos fundamentais em nossa vida, pois é por meio deles que podemos exercer de maneira plena a democracia, nossa cidadania, nossa propriedade, liberdade. Conforme, visto anteriormente, os direitos humanos são a representação clara de que os poderes do Estados tem sua origem na soberania popular, devendo, portanto, respeitá-la.

1.1 Garantismo Penal (Princípio da Proporcionalidade negativo)

No item anterior, vimos que os direitos fundamentais têm sua origem ainda no chamado século das luzes (séc. XVIII), surgindo em oposição aos excessivos poderes de um estado absolutista.

Apesar de transcorridos mais de duzentos (200) anos, o séc. XX presenciou diversas ditaduras, caracterizadas por Estados autoritários, nos quais, obviamente, direitos fundamentais eram desrespeitados. Como exemplo de países que passaram por essa situação, podemos citar: Itália, Argentina, Chile e, claro, Brasil.

No início da década de 1980, o mundo experimenta uma onda de redemocratização. No Brasil, o marco desse processo foi a promulgação da Constituição de 1988.

Nessa onda, de redemocratização, segundo Fischer (2010, p.36):

a partir da metade da década de 1990 começaram a surgir manifestações doutrinárias mais enfáticas fazendo coro à necessidade de aplicação, também no Brasil, da *doutrina de garantias*. Em síntese inicial, não mais poderiam ser aplicáveis inúmeros dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais que se apresentassem completamente incompatíveis com as *garantias* fundamentais dos cidadãos e que estivessem estampadas numa Constituição democrática. Essa era a preocupação central, mas não a única, segundo cremos e interpretamos.

Ainda segundo Fischer (2010, p.36)

Concordamos plenamente que, como uma primeira aproximação, a teoria garantista – cujo marco histórico fundamental é a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli – tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais (denominados direitos de primeira geração) estabelecidos precipuamente na Constituição da República. Todavia, “garantismo penal” – pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos, também na de Ferrajoli – não é um marco teórico calcado exclusivamente na premissa sintetizada acima. Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos direitos fundamentais individuais, mas a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos coletivos e sociais), também deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil), e está calcada em inúmeros princípios e valores que não podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão sistêmica e integral dos comandos da Carta Maior.

Sobre o garantismo penal, Norberto Bobbio, de maneira magistral, no prefácio da maior obra sobre o tema “*Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*”, Ferrajoli (2002, p.7) escreveu:

A aposta é alta: a elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal. Mas é um jogo que tem suas regras: o autor, depois de havê-las estabelecido, as observa com escrúpulo e, assim, permite ao leitor encontrar o caminho sem demasiado esforço. A coerência do conjunto se torna possível pela prévia declaração dos pressupostos metodológicos e teóricos, pelo

proceder por meio de conceitos bem definidos e de suas relativas sínteses, pela concatenação das diversas partes e pela progressão racional de uma a outra.

A teoria do garantismo foi muito bem aceita no Brasil, um país saindo de uma ditadura militar, na qual, obviamente, o controle estatal cerceava o pleno gozo de diversos direitos fundamentais. Todavia, com o tempo, houve uma distorção da teoria, que passou a focar apenas nos direitos fundamentais individuais, em detrimento dos coletivos e sociais.

De acordo com Fischer (2009), o garantismo tem sido desvirtuado, há alguns equívocos em premissas e conclusões com fundamento em ideais garantistas. Muitas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais limitam-se a uma simples referência ao garantismo penal, sem maior aprofundamento.

Em alguns casos há distorção da base da teoria de Luigi Ferrajoli. Esses equívocos levam ao chamado garantismo monocular hiperbólico, que possui características diversas do proposto por Luigi Ferrajoli. Esse garantismo evidencia-se de modo desproporcional (hiperbólico) e de forma isolada (monocular), de modo que apenas os direitos fundamentais de quem é investigado, processado ou condenado são considerados passíveis de proteção.

Complementando a visão de Fischer (do desvirtuamento do garantismo), Oliveira (2010, p.19) destaca que, de maneira reducionista, foi criada no Brasil a idéia de que ou se é a favor do garantismo (em sua corrente radical, a monocular hiperbólica) ou se é a favor da aplicação estrita e formal da lei, sem qualquer concessão ou interpretação:

Infelizmente, no Brasil, a questão garantista vem sendo posta ao nível de um patrulhamento ideológico, do qual emerge sempre a pergunta, tida como definitiva e soberana, repetida à exaustão: você é ou não garantista? Se a resposta for tão singela quanto a indagação, o alinhamento será automático: vanguarda do bem ou a retaguarda do mal. Sem meio termo, sem meia verdade, sem dúvida alguma.

Na verdade, essa distorção ocorre na medida em que se leva em consideração apenas um dos aspectos do garantismo penal pregado por Ferrajoli, o aspecto negativo, deixando de lado seu aspecto positivo.

Esses dois aspectos são as duas faces do princípio da proporcionalidade, de um lado o Princípio da proporcionalidade como proibição do excesso – garantismo

negativo; do outro, Princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente – garantismo positivo.

Sobre o tema Streck (2005, p.180):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Ou seja, a partir do desvirtuamento da doutrina garantista, que passou, especialmente no Brasil, a levar em consideração apenas seu aspecto negativo (o da abstenção estatal), houve uma resposta por partes de doutrinadores que estudaram de forma mais profunda a obra de Ferrajoli. Desse estudo, emergiu a aplicação do garantismo em seu aspecto positivo, por meio da vedação à proteção insuficiente.

1.2 Proibição de proteção deficiente

A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental

Para Gomes (2009) a aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente impede a lei e o Estado de apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais. Esse princípio cria para o Estado o dever de proteção, impedindo-o de dispensar dos mecanismos de tutela, incluindo-se os de natureza penal, para garantir um direito fundamental.

Sobre o tema, o ministro Gilmar Mendes (2007) se pronunciou no Recurso Extraordinário n. 418376:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Obviamente, o caminho é o equilíbrio, deve-se ponderar, valorar, nos casos concretos qual interesse deve prevalecer.

1.3 Colisão de Direitos Fundamentais

A Constituição brasileira é, sem dúvidas, garantista. Nela se encontram uma infinidade de direitos e garantias (prova é o artigo 5º, que, ao logo de seus mais de setenta e cinco incisos, elenca diversos desses de direitos e garantias).

Naturalmente, algumas vezes esses direitos entram em colisão, ou seja, ocorre uma situação na qual dois ou mais direitos aparecem em posições antagônicas. Um bom exemplo é o conflito entre o direito à imagem e o direito à liberdade de imprensa (o caso da publicação da biografia do cantor Roberto Carlos teve enorme repercussão).

Andrade (1987, p. 220) leciona que:

Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta [...] O problema agora é outro: é o de saber como vai resolver-se esta contradição no caso concreto, como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais.

Nesses casos, a forma mais utilizada para a resolução, vinda da doutrina alemã, é a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse conceito vem a partir da divisão do princípio da proporcionalidade em 3 subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, também conhecida como aptidão ou pertinência, consiste em verificar se o meio eleito é capaz de atingir o objetivo desejado. Estabelece que deve haver uma coerência entre o direito fundamental a ser limitado e a finalidade que a norma deseja alcançar

A necessidade analisa se o meio eleito para atingir o objetivo é o menos restritivo aos direitos fundamentais. Requer o menor sacrifício possível de um direito fundamental para se atingir uma finalidade

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, consiste na ponderação entre os direitos em conflitos, visando a definir qual deles deve prevalecer no caso concreto.

Vale destacar que não existem direitos fundamentais absolutos, todos eles são passíveis de mitigação. Nem mesmo a o direito à vida excepciona essa regra, pois a Constituição Federal (em seu artigo 5º, inciso XLVII) prevê a possibilidade da pena de morte em caso de guerra declarada. Além dessa hipótese, o direito à vida também pode ser mitigado em casos de legítima defesa (própria ou de terceiros).

2 METODOLOGIA

Considerando que o artigo aborda um tema essencialmente teórico, acadêmico, o método utilizado foi o da pesquisa bibliográfica descritiva.

Foram cientificamente analisados a decisão do Superior Tribunal de Justiça, as teorias do garantismo penal, o princípio da proibição de proteção deficiente, bem como a ponderação de direitos fundamentais, a partir da interpretação constitucional para a resolução de conflito entre direitos fundamentais.

Para isso, foram realizadas pesquisas bibliográficas descritivas sobre o tema, utilizando como referencial teórico decisões judiciais de tribunais superiores, legislação, monografias, artigos científicos e livros jurídicos sobre o garantismo penal, vedação à proteção deficiente e técnicas constitucionais de resolução de conflitos de direitos fundamentais.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Embasado no referencial teórico podemos verificar que o excessivo respeito aos direitos individuais fundamentais passaram a impedir de tal maneira a atuação do Estado na repressão ao cometimento de delitos que novos problemas surgiram. Pois, se de um lado o indivíduo tem seus direitos respeitados, de outro a sociedade fica desprotegida.

Não existem direitos absolutos. Em caso de conflito desses direitos, deve ser analisada a situação fática, aplicando-se técnicas de resolução de conflitos.

Apesar do avanço na utilização do princípio da vedação à proteção deficiente, o garantismo penal em seu aspecto negativo continua a se sobrepor. Tanto que em uma resolução do Conselho Nacional de Justiça, Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, no artigo 10º, parágrafo único, determinou que o acesso aos dados ao tratar sobre o acesso à informações coletadas durante o monitoramento eletrônico depende de autorização judicial por, em atenção ao art. 5º, XII, da Constituição Federal (esse inciso trata do direito à inviolabilidade de correspondência, dados e comunicação telefônica sem prévia decisão judicial).

Ora, a tornozeleira eletrônica é uma alternativa à prisão, ao invés de ficar preso, situação na qual o Estado teria pleno controle da localização do indivíduo, ele passa a usar a tornozeleira, de modo que seus passos possam ser monitorados.

Não parece razoável que, em caso de fundada suspeita de atividade irregular do indivíduo monitorado, que, devido a crimes anteriormente cometidos, já está sob a tutela estatal, seja necessária uma ordem judicial.

É inadmissível que um indivíduo monitorado possa cometer crimes, sem que, por exemplo, a autoridade policial tenha a prerrogativa de requisitar sua localização, dependendo de uma ordem judicial prévia.

Segundo Fernandes (2008, p.10) “são dois os direitos fundamentais do indivíduo que interessam especialmente ao processo criminal: o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos previstos no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal”.

Ocorrendo um conflito entre esses dois direitos fundamentais, qual deles deveria prevalecer? A resposta está na lição de Comparato (2005):

Em primeiro lugar, num Estado de Direito republicano, a segurança da sociedade e do Estado não pode sobrepor-se ao princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição, art.1º.). Um Estado totalitário é capaz de manter-se em condições de segurança absoluta durante certo tempo; mas ninguém ousará sustentar que ele defende, com isso, a dignidade humana. Em segundo lugar, mesmo nas hipóteses em que, longe de todo acobertamento de crimes, as autoridades públicas são admitidas a manter segredo sobre certos fatos para a preservação da segurança do Estado e da sociedade, compete a elas provar, caso a caso, a legitimidade do sigilo, pois que se trata de uma exceção ao princípio da publicidade de todos os atos oficiais (Constituição, art.37, caput), e o ônus da prova incumbe, sempre, àquele que invoca a exceção contra o princípio de direito”.

Em relação ao acesso aos dados contidos no telefone celular do preso em flagrante temos, também, uma colisão de direitos fundamentais. De um lado, o direito individual à intimidade, do outro o direito coletivo de ter segurança pública.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no sentido de condicionou o acesso a esses dados a uma prévia decisão judicial, sem qualquer ressalva.

EMEN: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. ..EMEN:(RHC 201402323677, NEFI CORDEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:09/05/2016 RT VOL.:00970 PG:00461 ..DTPB:.)

Com todas as vênias ao tribunal, parece ter faltado aos ministros um pouco de sensibilidade, ao não analisarem que existem casos nos quais o telefone celular é instrumento do próprio crime. Mais uma vez preponderou o garantismo negativo, o excesso de proteção ao indivíduo, com proteção deficiente à coletividade.

Em crimes como o de embriaguez ao volante, lesão corporal, transporte de peixe etc, não há necessidade de a intimidade do preso em flagrante ser violada, pois, dificilmente, seu telefone celular foi utilizado para cometer o crime, contenha algum dado necessário à instrução criminal ou ainda, caso contenha, não haverá prejuízo em aguardar uma decisão judicial.

Por outro lado, em crimes como o tráfico de drogas, extorsão mediante sequestro etc. O telefone celular é instrumento do crime, nele se encontram elementos que podem ser perdidos enquanto se aguarda uma decisão judicial. Esse tempo pode significar a morte de alguém. Nesses casos, claro que o acesso aos dados do telefone celular do preso em flagrante não deveria prescindir de decisão judicial, pois o direito à intimidade seria mitigado, em virtude do interesse público.

Sempre que há a colisão de direitos deve-se lembrar que nenhum deles é absoluto, todos devem ser analisados sob essa ótica e verificado, no caso concreto, qual deve prevalecer.

Além disso, com o avanço da tecnologia, pode ocorrer de os dados contidos nos telefones celulares sejam apagados durante o prazo para se obter uma decisão judicial. Nesse sentido, vale trazer a lição de Barreto e Férrer (2016):

Insta realçar ainda sobre a necessidade de acesso rápido ao terminal móvel do investigado ou autuado no momento de sua prisão ou da realização de busca e apreensão, sob pena de se perderem elementos informativos importantíssimos à investigação em curso. Os avanços tecnológicos têm possibilitado o acesso remoto aos dispositivos móveis, possibilitando ao seu proprietário, ou a quem tiver acesso à sua conta, apagar todos os dados, incluindo: cartão SD, e-mail, agenda, contatos, fotos, áudios, vídeos e todo conteúdo armazenado no aparelho. Em dispositivos que utilizem o sistema operacional *IOS* com compartilhamento familiar, será possível remover o conteúdo de todos os *devices* compartilhados.

Durante uma investigação criminal, a autoridade policial, além de colher elementos informativos que servirão para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias, deverá zelar na preservação destes, providenciando para que não se altere seu estado e conservação. No caso de uma prisão em flagrante, por exemplo, se a polícia não tiver acesso rapidamente ao telefone do autuado, impedindo a exclusão remota do conteúdo ali armazenado, certamente a investigação será prejudicada.

Ainda de acordo com Barreto e Férrer (2016) apud Wakefield (2014), citando matéria da BBC News no ano de 2014, um criminoso eliminou remotamente o teor de seis telefones celulares que estavam sob custódia da polícia de Dorset, todo o conteúdo foi apagado. Situação semelhante foi experimentada pelas polícias de Cambridgeshire, Durham e Nottingham.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa possibilitou, até agora, perceber que o direito à intimidade e o direito à segurança pública, a uma tutela penal eficiente são direitos fundamentais da pessoa humana e, como tal, devem ser garantidos pelo Estado.

Ocorre que, algumas vezes, esses direitos parecem entrar em colisão, em conflito. Nessas ocasiões, (como por exemplo no caso de acessar os dados do telefone celular do preso em flagrante sem prévia decisão judicial) deve-se lembrar de que não existem direitos fundamentais não são absolutos, dependendo do caso concreto, a partir da aplicação de princípios hermenêuticos, haverá a prevalência de um deles.

Nesse sentido, toda vez que houver a prisão em flagrante, a autoridade policial deveria poder analisar, conforme o caso concreto, ponderar qual o direito fundamental deveria prevalecer. Não devemos aceitar que um tema tão complexo, tão dependente do caso concreto, seja abordado de modo simplista, com a proibição do acesso sem que haja uma ponderação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 220.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; FÉRRER, Everton Ferreira de Almeida. **Perícia em celular: necessidade de autorização judicial?** . Disponível em http://direitoeti.com.br/artigos/pericia-em-celular-necessidade-de-autorizacao-judicial/#_ednref7. Acesso em 31 de outubro de 2017>.

BOBBIO, Norberto, Prefacio in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradutores do livro *Diritto e ragione*: teoria dei garantismo penale, de Luigi Ferrajoli, 6.ed. Roma: Laterza, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Poder Judiciário. Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 de novembro de 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. PENAL. Recurso Extraordinário nº 418.376-5-MS, do Tribunal Pleno. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Mato Grosso Do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 de out. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Opinião: Tortura e perdão**. Revista Reportagem, 65, fev./2005.

FERNANDES, Antonio Scarance (org.); ALMEDIDA, José Raul Gavião de (org.); MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo**. São Paulo: RT, 2008. p. 10.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Direitos e garantias fundamentais: já podemos falar em quarta e quinta dimensões?**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14263&revista>

_caderno=9>. Acesso em nov 2017.

FISCHER, Douglas - **Garantismo penal *integral* (e não o *garantismo hiperbólico monocular*) e o princípio da proporcionalidade**: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em 22 out. 2017.

FISCHER, Douglas. **O que é garantismo penal (integral)?** in **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 36.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.094.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p.5.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Prefácio in **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 19

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente**

(Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180

WAKEFIELD, Jane. BBC News. **Devices being remotely wiped in police custody.** Publicado em 09 out.2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/technology-29464889>>. Acesso em: 19 de outubro de 2017.