

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO  
LARISSA FERREIRA PEDRO DUARTE**

**DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO FRENTE AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DO INDICIADO**

**RUBIATABA/GO  
2018**

**LARISSA FERREIRA PEDRO DUARTE**

**DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO FRENTE AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DO INDICIADO**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à conclusão do curso de Direito da Faculdade  
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do  
professor Rogério Gonçalves Lima, Mestre em  
Ciências Ambientais.

**RUBIATABA/GO  
2018**

**LARISSA FERREIRA PEDRO DUARTE**

**DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO FRENTE AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DO INDICIADO**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à conclusão do curso de Direito da Faculdade  
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do  
professor Rogério Gonçalves Lima, Mestre em  
Ciências Ambientais.

**MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_**

**Mestre Rogério Gonçalves Lima**  
**Orientador**  
**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende**  
**Examinador**  
**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Leidiane de Moraes e Silva Mariano**  
**Examinador**  
**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

A meus pais Kelve e Angela, aos meus irmãos Keven e Clarimundo e em especial ao meu segundo pai Jose Geronimo que não está fisicamente mas que sempre estará me acompanhando, por fim aos meus amigos dedico este trabalho, na esperança de poder merecer o sentimento de orgulho pelo esforço alcançado.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, por ter conseguido chegar a essa etapa da minha vida.

Agradeço o Professor Rogerio Lima, que pôde colaborar com a experiência transmitida nos ensinamentos, bem como pela paciência e dedicação, fatores que, sem dúvida, contribuíram para que, sem dúvida, contribuíram para que este trabalho pudesse ter êxito. A todos aqueles, de uma ou outra forma, caminharam comigo, transmitindo-me serenidade e concedendo-me o apoio da amizade, imprescindível no convívio acadêmico.

## **RESUMO**

O objetivo desta monografia é identificar se o direito probatório de terceira geração é meio lícito ou não para a obtenção de provas, e se fere os direitos fundamentais do investigado, dado que a Constituição Federal do Brasil gabarita o direito a intimidade como inviolável, salvo por autorização digital. Para atingimento deste objetivo desenvolveu-se o estudo por meio doutrinas e julgados, afim de se chegar a resposta para a problemática proposta. A presente pesquisa encontra-se estruturada em três capítulos, fora a introdução e a conclusão. Ao final do estudo chegou-se a resposta de que os tribunais brasileiros entendem que o direito probatório de terceira geração ferem as proteções constitucionais.

Palavras-chave: Direito probatório de terceira geração. Prova. Direito fundamental.

## **ABSTRACT (SE O RESUMO FOR EM LÍNGUA INGLESA)**

The purpose of this monograph is to identify whether the third-generation evidentiary law is a lawful means or not to obtain evidence, and violates the fundamental rights of the investigated, since the Federal Constitution of Brazil asserts the right to privacy as inviolable, except for authorization. To achieve this objective, the study was developed through doctrines and judgments, in order to arrive at an answer to the proposed problem. The present research is structured in three chapters, apart from the introduction and conclusion. At the end of the study came the answer that the Brazilian courts understand that the third-generation probative right violate the constitutional protections.

**Keywords:** Third-generation probation law. Proof. Fundamental right.

## SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	8
2.	A PROVA NO PROCESSO PENAL.....	10
2.1	CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA .....	10
2.2	OBJETO DA PROVA .....	12
2.3	PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATIVIDADE PROBATÓRIA .....	15
3	DIREITO PROBATÓRIO DE PRIMEIRA E DE SEGUNDA GERAÇÃO .....	18
3.1	DAS GERAÇÕES PROBATÓRIAS.....	21
3.2	DIREITO PROBATÓRIO DE 1ª GERAÇÃO .....	21
3.3	DIREITO PROBATÓRIO DE SEGUNDA GERAÇÃO .....	23
4	DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO .....	25
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	30

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo fazer uma análise sobre o Direito Probatório de Terceira Geração. A questão na qual apresenta uma problemática relevante para estudo e pesquisa, se o Direito Probatório de Terceira Geração fere ou não o Direito Fundamental do indiciado.

A questão do direito probatório é um tema que merece atenção especial no contexto jurídico contemporâneo, pois o referido instituto desde seu surgimento aos dias de hoje passou por gradativa evolução. E os tribunais brasileiros não apresentam uma posição pacificada sobre o direito probatório de terceira geração ante tal divergência e os avanços tecnológicos ocorrentes na sociedade hodierna, motivos pelo qual levaram a escolha da presente temática.

Por se tratar de um tema controverso no ordenamento jurídico, a presente pesquisa pode vir a estimular maiores debates doutrinários no campo, a fim de obter um posicionamento a ser pacificado entre os tribunais e deixar de ser omissa na legislação pátria. Diante dessa realidade, necessário se faz o aprofundamento do estudo sobre as causas (fatos) que tem contribuído para o crescimento do presente assunto.

O objetivo geral dessa monografia é identificar se o direito probatório de terceira geração é meio lícito ou não para a obtenção de provas. Para maior estudo é fundamental dizer no que consiste o direito probatório de terceira geração e especificar se o mesmo é aceito no ordenamento jurídico brasileiro, e avaliar as hipóteses de aceitação do referido direito.

Ressalta-se que tal pesquisa irá contribuir positivamente para elevar o nível de conhecimento no respectivo campo, vez que será feito um estudo aprofundado de forma analítica.

A metodologia utilizada será a jurídico-teórica, através de pesquisas bibliográficas e na internet, onde buscaremos o aspecto doutrinário, conceituais pertinentes ao tema em tela.

Nesse estudo começaremos definindo o conceito do direito probatório de terceira geração, para uma melhor interpretação do tema proposto.

Logo em seguida, será feita uma análise sobre a aceitação do direito probatório de terceira geração no ordenamento jurídico. Propondo-se a visar considerações vigentes sobre esse objeto específico de estudo.

Para tanto, o entendimento de questões e definições que serão apresentadas abrirá margem para a importância de um estudo mais aprofundado. Além de uma necessária e constante atualização sobre esse tema.

Na parte final, apresentaremos uma breve explanação de como o direito probatório de terceira geração tem sido um instituto importante dentro do ordenamento pátrio, e então entraremos no cerne da questão, abordando se tal direito fere ou não o direito fundamental de intimidade e privacidade do indiciado.

## 2. A PROVA NO PROCESSO PENAL

Em um primeiro momento, para o alcance dos objetivos pretendidos, bem como para a resolução da problemática proposta, necessário se faz a expor sobre a prova no processo penal de forma clara e compreensível.

Nesse conduto, neste primeiro capítulo delinea-se sobre a prova no processo penal, legislação no ordenamento jurídico brasileiro que assevera sobre provas, apontando os principais pontos pertinentes ao tema.

Para a produção deste capítulo foi efetuado um levantamento de doutrinas no ramo do direito processual penal, bem como de legislação que trata sobre o assunto, sendo posteriormente feita uma análise do material para exposição do conteúdo necessário.

Menciona-se que para melhor sistemática, este capítulo foi dividido em subtítulos que trabalham sobre o conceito de prova no âmbito do processo penal, as características das provas, os princípios que regem a atividade probatória, e a importância da prova.

### 2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

A palavra “prova” vem do latim *probatio, proba, de probare*, que segundo Avena (2017, p. 315) “significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação”.

No que concerne a conceituação do termo “prova”, se extrai que não existe resposta unicamente correta, e sim que há diferentes doutrinadores que apresentam suas abordagens sobre esta terminologia.

Imperioso mencionar que o exercício da jurisdição estatal, consistente em pretensão punitiva, requer que o polo ativo atribua a ré a prática de determinada conduta típica, sendo que tal acusação deve estar fundada em um fato ou mais a depender do contexto, de modo que para a formação da convicção do magistrado é necessário a constatação da existência dos fatos narrados na peça acusatória, dado que a princípio não há a certeza de que os fatos narrados condizem com o que realmente aconteceu (GONÇALVES, REIS, 2016).

Nessa esteira, Gonçalves e Reis (2016, p. 308) apontam que “a convicção do julgador, contudo, não pode repousar em critérios arbitrários, devendo advir, necessariamente,

de construção lógica, o que reclama a análise de elementos aptos a transmitir informação relativa a um fato”.

Tem-se, portanto, que aos referidos elementos citados que se intitula como sendo prova, de modo que Gonçalves e Reis (2016, p. 308) acrescentam que “sob essa ótica objetiva, pois, prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância”, ademais, “o termo prova também é empregado, sob aspecto subjetivo, para definir o resultado desse esforço probatório no espírito do juiz”.

Por sua vez, o nobre doutrinador Capez (2012, p. 361) ensina:

Do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

No mais conciso dos conceitos levantados, Avena (2017, p. 315) afirma que “prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”.

Seguindo esse raciocínio, mister trazer à baila o ensinamento de Mirabete (2006 apud AVENA, 2017, p. 315) quando refere que:

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Portanto, chega-se à conclusão de que as provas são os elementos capazes de evidenciar com clareza e precisão a realidade fática da situação em que ocorreu o delito apontado, sendo que provar, nada mais é do que levar esses elementos ao processo penal, objetivando formar um estado de certeza sobre os fatos.

“Por outro lado, no que toca à finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa” (CAPEZ, 2012, p. 361).

A finalidade do arcabouço probatório é buscar convencer seu destinatário, que na relação processual, é o juiz, dado que (GONÇALVES, REIS, 2016, p. 309), “na medida em

que não presenciou o fato que é submetido à sua apreciação, é por meio das provas que o juiz poderá reconstruir o momento histórico em questão, para decidir se a infração, de fato, ocorreu e se o réu foi seu autor”.

Desta forma, a prova se mostra como a alma do processo, pois, só após acertada essa extensão fática do processo, é que o julgador poderá aplicar o direito. “O que se almeja com a prova, entretanto, é a demonstração da verdade processual (ou relativa), já que é impossível alcançar no processo, como nas demais atividades humanas, a verdade absoluta” (GONÇALVES, REIS, 2016, p. 309).

Em se tratando de ação penal privada, se identifica uma finalidade secundária da prova, qual seja de “convencer o querelante da inconsistência da imputação, já que ele poderá desistir da ação ou dar ensejo à perempção” (GONÇALVES, REIS, 2016, p. 309).

Em síntese, Avena (2017, p. 315) explica que o objetivo principal da prova é “formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa”.

Necessário mencionar ainda sobre fonte de prova, a qual conceitua-se como “tudo quanto possa ministrar indicações úteis cujas comprovações sejam necessárias” (GONÇALVES, REIS, 2016, p. 311), desta forma, são claramente fontes de prova a denúncia ou queixa, dado que os fatos nelas narrados necessitam serem objeto de instrução probatória, assim como, os expostos na resposta escrita, no interrogatório e nas declarações do acusado ou querelado.

Sobre a importância das provas, sábias são as palavras do ilustre doutrinador Capez (2012, p. 361) ao expressar:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

## **2.2 OBJETO DA PROVA**

Em continuação ao estudo das características da prova, mister abordar sobre o objeto da prova. Para Avena (2017, p. 315), “por objeto da prova compreendem-se os fatos

que, influenciando na apuração da existência ou inexistência de responsabilidade penal, são capazes de gerar dúvida no magistrado, exigindo, por isso mesmo, a devida comprovação”.

Seguindo a perspectiva apontada, o objeto da prova consiste em todos os fatos, sejam eles principais ou secundários, que necessitem de uma apreciação judicial, que exijam ser comprovados, e que influenciem de alguma maneira na decisão a ser proferido pelo magistrado.

Para Capez (2012, p. 362):

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

No processo penal, os termos da acusação definem a extensão que terá o provimento jurisdicional, e conseqüentemente os contornos do esforço probatório, posto isto, em um primeiro momento, apenas os fatos, sejam principais ou secundário, requerem comprovação, uma vez que em relação ao direito presume-se que o magistrado esteja devidamente instruído (GONÇALVES, REIS, 2016).

Leciona Capez (2012, p. 363) que “o direito, em regra, não carece de prova, na medida em que o magistrado é obrigado a conhecê-lo, segundo o brocardo jurídico *iure novit curia*, ou seja, o juiz conhece o direito”.

Contudo, vale ressaltar, que pode o magistrado pode exigir que a parte faça prova da vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, de modo que em caso de direito municipal e estadual, a exigência de prova da vigência pelo magistrado requer que não seja emanada do local em que exerce suas funções (GONÇALVES, REIS, 2016).

Ensinam Gonçalves e Reis (2016, p. 309), que “nem todos os fatos e circunstâncias relacionados à causa, todavia, precisam ser provados, pois a atividade probatória tem feição essencialmente utilitária, de modo a restringir seu objeto aos acontecimentos úteis e relevantes ao julgamento da causa”.

Assim sendo, no processo penal, não se admite provas que versem sobre fatos impertinentes ou irrelevantes ou inúteis, fatos axiomáticos ou intuitivos, fatos notórios, fatos impossíveis, fatos cobertos por presunção legal de existência ou veracidade (AVENA, 2017).

Os fatos impertinentes são aqueles alheios à causa, os irrelevantes são relacionados à causas, mas sem influência na decisão, e os inúteis são os fatos, que verdadeiros ou não, não influenciam na solução da causa, tampouco na apuração da realidade fática, desse modo “nada justifica que se deturpe a atividade instrutória, de maneira a retardar a entrega do provimento jurisdicional, em busca de informações que em nada irão contribuir para o julgamento da lide penal” (GONÇALVES, REIS, 2016, p. 309).

Os fatos axiomáticos ou intuitivos “são aqueles considerados evidentes, que decorrem da própria intuição, gerando grau de certeza irrefutável. Trata-se dos fatos indiscutíveis, indubiosos, que dispensam questionamentos de qualquer ordem” (AVENA, 2017, p. 316).

Os fatos notórios são os compreendidos como acontecimentos ou situações que são de conhecimento geral, como exemplo, Capez (2012) cita que não é necessário provar que no dia 7 de setembro se comemora a Independência, ou que água molha e o fogo queima. Ou seja, são fatos de conhecimento de toda uma sociedade, porém não se pode considerar os relativos a uma comunidade específica. Gonçalves e Reis (2016, p. 310) ressaltam:

Há, todavia, uma ressalva importantíssima em relação a esse tema: o fato criminoso que constitui objeto da imputação jamais pode ser tido como notório, de modo a dispensar a prova de sua ocorrência, daí por que somente os fatos notórios acidentais dispensam comprovação.

Os fatos impossíveis são “aqueles cuja ocorrência se mostra contrária às leis das ciências naturais” (GONÇALVES, REIS, 2016, p. 310).

Por último, em relação aos fatos cobertos por presunção legal de existência ou veracidade, Gonçalves e Reis (2016, p. 310) explicam:

Se a lei toma como verdadeiro determinado fato ou situação, as partes não precisam prová-los, como se dá, por exemplo, com a inimizabilidade do menor de 18 anos. Se a presunção legal for de caráter relativo, contudo, admite-se que a parte a quem ela desfavorece produza prova na tentativa de infirmá-la.

Sendo assim, conclui-se que todos os demais fatos devem ser comprovados, inclusive o fato admitido, também conhecido como fato aceito, ou fato incontroverso (CAPEZ, 2012), dado que (GONÇALVES, REIS, 2016, p. 310):

No processo penal, diversamente do que ocorre no processo civil, os fatos incontroversos ou admitidos não estarão, necessariamente, excluídos do

esforço probatório, uma vez que a condenação criminal não pode fundar -se em conclusões errôneas, mesmo que sejam incontestes.

Contudo, o magistrado não é impedido de reconhecer como verdadeira determinada alegação fundada apenas na confissão do acusado, uma vez que é necessário saber se há ou não nos autos provas que superem a presunção de não culpabilidade do réu (GONÇALVES, REIS, 2016).

Em arremate (CAPEZ, 2012, p. 363):

(...) forçoso é concluir que, se o fato não se inclui entre aqueles que independem de prova, mas, por outro lado, o meio pretendido seja admissível, pertinente, concludente e possível, a prova não poderá ser denegada, sob pena de manifesta ilegalidade, corrigível via correição parcial, dado o *error in procedendo*.

## 2.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATIVIDADE PROBATÓRIA

O exercício da atividade probatória no processo penal é regido por princípios, dentre os quais: do contraditório, da comunhão dos meios de prova, da imediação, da identidade física do juiz, da oralidade, da concentração, da publicidade, do privilégio contra a autoincriminação, da autorresponsabilidade, da investigação, e livre convencimento motivado (GONÇALVES, REIS, 2016).

O princípio do contraditório, ou da audiência bilateral, “significa que toda prova realizada por uma das partes admite a produção de uma contraprova pela outra. O contraditório consubstancia-se na expressão *audiatur et altera parte* (ouça-se também a parte contrária), o que importa em conferir ao processo uma estrutura dialética” (AVENA, 2017, p. 317). Esse princípio tem como fundamento o princípio da igualdade de armas, que dá as partes processuais a paridade de instrumentos para a defesa de seus interesses (GONÇALVES, REIS, 2016).

O princípio da comunhão dos meios de prova, ou da aquisição da prova, dita que as provas levadas aos processo penal não são propriedade de apenas uma das partes, servido assim a ambos os litigantes e ao interesse da justiça, em continuidade Capez (2012, p. 401)

acrescenta que “as provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador”.

O princípio da imediação, ou imediatidade, traz que, segundo Avena (2017, p. 317):

É necessário assegurar ao juiz o contato físico com as provas no ato de sua obtenção, inclusive para que possa ele conservar em sua memória aspectos importantes do momento em que tenham sido aquelas provas produzidas e, desse modo, valorá-las com maior exatidão no ato da sentença.

O princípio da identidade física do juiz, aponta que o magistrado que teve contato direto com a instrução probatória é que deve proferir a decisão no respectivo processo, excetuando-se apenas hipóteses especiais (CONÇALVES, REIS, 2016).

O princípio da oralidade, traz que “tanto quanto possível, as provas devem ser realizadas oralmente, na presença do juiz. Isto existe para que, nos momentos relevantes do processo, predomine a palavra falada, possibilitando-se ao magistrado participar dos atos de obtenção da prova” (AVENA, 2017, p. 317), além disso, esse princípio traduz-se como procedimento processual.

Em decorrência do princípio da oralidade, o princípio da concentração consubstancia-se no fato de que “a produção probatória deve ser concentrada em uma só audiência ou, ao menos, no menor número possível delas” (AVENA, 2017, p. 317) no menor intervalo possível.

No tocante ao princípio da publicidade, Avena (2017, p. 317) ensina:

Considerando a importância das questões atinentes ao processo penal, nada mais correto do que sejam elas tratadas publicamente. Por isso, os atos que compõem o procedimento, inclusive a produção de provas, não devem ser efetuados secretamente. Visa-se, aqui, a garantir ao cidadão comum acesso e confiança no sistema de administração da justiça.

O princípio do privilégio contra a autoincriminação dá ao acusado, investigado, ou querelado, o direito de negar praticar qualquer conduta que possa resultar em obtenção de prova que pese em seu desfavor (GONÇALVES, REIS, 2016).

Por intermédio do princípio da autorresponsabilidade das partes, segundo ensina Gonçalves e Reis (2016), confere-se aos litigantes o ônus de provar suas alegações, assumindo as consequências de sua inércia, omissão, erro ou atos intencionais.

Por sua vez, o princípio da investigação “dispõe que o juiz deve zelar pela obtenção de provas que permitam o esclarecimento do fato submetido a julgamento, sem que esteja limitado, na formação de sua convicção, pelos elementos trazidos ao processo pelas partes” (GONÇALVES, REIS, 2016, p. 318).

Já o princípio do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional, traz que as provas no processo penal não são previamente valoradas pela legislação, de modo que o magistrado tem liberdade de formar sua convicção pela apreciação dos fatos e circunstâncias constantes nos autos, devendo somente fundamentar sua decisão (CAPEZ, 2012).

Em arremate ao presente capítulo, houve a obtenção de resultados que contribuíram positivamente a solução da problemática, bem como para o alcance dos objetivos da pesquisa, dado que se tornou claro as principais características sobre a prova no processo penal. Por conseguinte, no capítulo a seguir aborda-se sobre o direito probatório de terceira geração no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua aceitação pelos tribunais.

### 3 DIREITO PROBATÓRIO DE PRIMEIRA E DE SEGUNDA GERAÇÃO

Efetivada a prisão em flagrante de uma pessoa, questiona-se a licitude do comportamento dos policiais ao realizar busca exploratória em eventual aparelho de telefonia celular apreendido, consultando imagens, registros de ligações efetuadas e recebidas, bem como o acesso a aplicativos de comunicação, tais como WhatsApp, Telegram, Kik, Skype, SnapChat, Facebook Messenger, GoSMS Pro, Im+, WeChat, BBM, Viber, entre outros.

A questão é altamente complexa, uma vez que as mensagens armazenadas nesses aplicativos podem ser apagadas de maneira remota. Dessa forma, a necessidade de prévia ordem judicial para legitimar o acesso a referidos aplicativos poderá conduzir à perda dos elementos informativos que os órgãos de persecução penal necessitavam para repressão de práticas delitivas.

Imaginemos o caso de um traficante que tem seu celular apreendido por policiais no momento de sua prisão em flagrante. As informações armazenadas em seu aparelho poderão comprovar a prática da traficância, além de identificar fornecedores, compradores e até mesmo a localização do restante da droga.

Certamente, transcorridos poucos minutos da prisão, essas mensagens serão apagadas de maneira remota, bem como cessarão todos os contatos com o interlocutor preso. Considerando que as mensagens são criptografadas e não são armazenadas pelos servidores, não haverá meios tecnológicos para recuperá-las.

Salienta-se, novamente, que se trata de questão complexa, envolvendo a discussão quanto aos limites da atuação estatal em virtude da proteção da intimidade e do sigilo das comunicações.

O debate quanto aos limites impostos pela ordem constitucional à obtenção das provas em respeito à expectativa de privacidade é pautado pela análise do uso da tecnologia e seu poder de penetração na intimidade do indivíduo.

Esses questionamentos estão ligados ao denominado direito probatório de terceira geração. Por essas razões, a terceira geração do direito probatório foi ventilada pelo Ministro Rogério Schietti no julgamento do HC n. 51.531 (anexo I), ao tratar do acesso direto por policiais aos aplicativos instalados em aparelhos de telefonia celular apreendidos.

No referido voto, o Ministro promoveu a distinção entre o caso subjacente ao habeas corpus e o precedente do STF (HC n. 91.867/PA, de 20/09/2012), reputando lícita a

análise, logo após a prisão em flagrante, dos últimos registros telefônicos armazenados nos aparelhos de telefonia celular apreendidos, sem a necessidade de autorização judicial.

No HC n. 51.531, de 09/05/2016, a 6ª Turma do STJ entendeu ser ilícita a “a devassa de dados, bem como das conversas de WhatsApp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial”.

A decisão do STF (HC n. 91.867/PA) versava sobre o acesso ao registro de chamadas telefônicas efetuadas e recebidas. De tal forma, no precedente da Suprema Corte, as autoridades policiais não tiveram acesso às conversas mantidas entre os investigados.

Eis o trecho do HC n. 91.867, que sintetiza o objeto do writ:

Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. 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.

Conforme esclarecem Vinícius Marçal e Cleber Masson (2015, p. 240):

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

O Min. Nefi Cordeiro salientou que nas,

(...) conversas mantidas pelo programa WhatsApp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial.

Por fim, o Min. Rogério Schietti salientou que a,

(...) doutrina nomeia o chamado direito probatório de terceira geração, que trata de ‘provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais.

Para corroborar a argumentação, o Min. Schietti citou trecho da obra de autoria de Danilo Knijnik (2014, p, 179):

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 emails, 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 de captação 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 e aos futuros avanços tecnológicos". Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar.

Concluindo assim que, diante do direito probatório de terceira geração, “o precedente do HC n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante”.

Salienta-se, ainda, como bem destacado por Marçal e Masson (2015, p. 240), que:

Conquanto tenha sido essa a tônica da decisão, a Corte não descartou, peremptoriamente, que a depender do caso concreto, ficando evidenciado que a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular.

No entanto, da leitura do acórdão exsurge uma pergunta inevitável: se existe um direito probatório de terceira geração, quais seriam os direitos probatórios de primeira e segunda geração?

### **3.1 DAS GERAÇÕES PROBATÓRIAS**

Após análise dos precedentes Olmstead (1928), Katz (1967), Kyllo (2001) e Riley (2014), pode-se classificar as provas em gerações, a partir da evolução da interpretação constitucional quanto às limitações da atuação estatal em razão da proteção à intimidade.

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

Preconiza a 4ª Emenda que o (KNIJNIK, 2016, p. 81),

(...) direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres 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.

A trilogia dos precedentes Olmstead (1928), Katz (1967) e Kyllo (2001) representa a mutação constitucional quanto aos objetos que poderiam ser objetos de apreensão pelos agentes do Estado, sem ordem judicial previamente expedida. Passemos a análise de cada geração do direito probatório à luz dos referidos precedentes, em especial nesse capítulo dos de primeira e segunda geração.

### **3.2 DIREITO PROBATÓRIO DE 1ª GERAÇÃO**

O precedente Olmstead é apontado como o precursor da teoria que ainda hoje condiciona, em grande parte, a teoria e prática do direito brasileiro. No caso levado a julgamento em 1928 perante a Suprema Corte, a polícia instalara um equipamento para interceptar as conversas telefônicas, fazendo-o diretamente na fiação da empresa telefônica, em via pública (KNIJNIK, 2016).

Ocorre que a polícia descobrira a existência de uma conspiração para violar a Lei de Proibição, visando importar, possuir e vender bebidas alcoólicas ilegalmente. Olmstead era o líder da conspiração e gerente geral do negócio utilizado para viabilizar a prática ilícita (KNIJNIK, 2016).

Os investigados foram condenados no Tribunal Distrital por conspiração para violar a proibição estabelecida pela Lei Nacional que proibia a posse, o transporte e a importação de bebidas intoxicantes. Além de Olmstead, setenta e dois outros investigados foram indiciados (KNIJNIK, 2016).

No entanto, a informação que levou à descoberta da conspiração, sua natureza e extensão foi obtida por meio da interceptação de mensagens nos telefones dos conspiradores por quatro oficiais federais de proibição (KNIJNIK, 2016).

A interceptação foi realizada por pequenos fios de telefone instalados nas residências dos investigados, sem que houvesse qualquer violação às propriedades, uma vez que foram realizadas no porão de um prédio e nas ruas perto das casas. Os investigadores não invadiram a casa de Olmstead, tampouco apreenderam objetos. Ademais, o sinal acústico (voz) que era transmitido pelos fios da companhia telefônica não poderia ser tido como uma coisa (KNIJNIK, 2016).

A interpretação constitucional foi no sentido de que a Emenda determina que seja descrito no mandado o local a ser pesquisado e a pessoa ou coisas a serem apreendidas. Como no caso em vertente não houve busca ou apreensão no interior de casas ou escritórios, a Suprema Corte decidiu que não houve violação à 4ª Emenda (KNIJNIK, 2016).

No histórico julgamento, a Suprema Corte (KNIJNIK, 2016, p. 85):

(...) concluiu que a ação policial não havia ‘penetrado em qualquer propriedade do acusado’, e que a correta interpretação da 4ª Emenda não poderia dar-se de forma a ‘alargá-la para além do conceito prático de pessoas, casas, papéis e pertences’ ou “para aplicar buscas e apreensões de forma a proibir escutar ou observar”.

Nessa primeira etapa de evolução da interpretação constitucional, entendia-se que a proteção conferida pela 4ª Emenda destinava-se apenas a coisas, objetos e lugares. Segundo Knijnik (2016, p. 85):

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

Em suma, explica Knijnik (2016) que a proteção constitucional aplicava-se apenas a áreas tangíveis e demarcáveis, exigindo a entrada, o ingresso e a violação de um espaço privado ou particular, ou seja, a proteção constitucional abrangia apenas coisas, objetos e lugares.

### **3.3 DIREITO PROBATÓRIO DE SEGUNDA GERAÇÃO**

Após quase quarenta anos do precedente *Olmstead*, a Suprema Corte alterou sua posição e passou a entender que a 4ª Emenda regulava não apenas a busca de itens tangíveis, mas estendia-se também à gravação de declarações orais (KNIJNIK, 2016).

No caso *Katz v. United States*, o investigado foi condenado por tribunal da Califórnia por transmitir informações de apostas por telefone, de Los Angeles para Miami e Boston, conduta está proibida por lei federal (KNIJNIK, 2016).

A prova da prática delitiva foi obtida pelos agentes do FBI por meio da instalação de um dispositivo de gravação externamente a uma cabine de telefone público, utilizada pelo investigado (KNIJNIK, 2016).

Como a cabine telefônica era pública, não haveria invasão ou ingresso em propriedade privada e tampouco apreensão de coisas, portanto, aplicável o precedente *Olmstead v. United States*, o que tornava a prova lícita (KNIJNIK, 2016).

A Corte de Apelação rejeitou a alegação de que as gravações foram obtidas em violação da 4ª Emenda, pois não houve entrada física em área ocupada pelo requerente, aplicando a teoria proprietária, sedimentada no precedente *Olmstead* (KNIJNIK, 2016).

No entanto, a Suprema Corte firmou o entendimento de que o meio pelo qual o Governo obteve a prova violou a privacidade do investigado, no momento em que ele utilizou a cabine de telefone, pois ainda que o investigado pudesse ser visto pelos agentes (cabine de vidro), ao fechar a porta atrás de si e pagar o valor que lhe permitia realizar a chamada, tinha o direito de supor que as palavras que pronunciaria ao telefone não seriam transmitidas para o mundo<sup>6</sup>, tratando-se assim de uma busca e apreensão, na acepção da 4ª Emenda (KNIJNIK, 2016).

Ou seja, a 4ª Emenda regula não só a apreensão de itens tangíveis, mas estende-se também ao registro de declarações orais. Considerando que a 4ª Emenda protege pessoas em

vez de lugares, o seu alcance não pode girar sobre a presença ou ausência de uma intrusão física em um determinado lugar. Assim o objetivo da norma constitucional não pode ser frustrado pela presença ou ausência de intrusão física em qualquer compartimento fechado (KNIJNIK, 2016).

Salientou-se ainda que, embora a vigilância pudesse ter sido previamente autorizada constitucionalmente, não havia a possibilidade de se excepcionar a regra da necessidade de autorização prévia por um juiz, uma vez que o mandado judicial era uma pré-condição constitucional para a realização da vigilância eletrônica (KNIJNIK, 2016).

Em síntese, a Suprema Corte entendeu que a prova era nula, pois, nesse caso, seria necessária ordem judicial para a realização da diligência policial, sedimentando o entendimento de que a 4ª Emenda estende sua proteção à gravação de declarações orais (KNIJNIK, 2016).

A teoria proprietária, estabelecida no precedente *Olmstead v. United States*, foi superada, ampliando-se o âmbito de proteção constitucional de coisas, lugares e pertences para pessoas e suas expectativas de privacidade, conforme consta do julgado: “The ‘trespass’ doctrine of *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, and *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129, is no longer controlling” (KNIJNIK, 2016).

A evolução introduzida pelo precedente *Katz v. United States* ocasionou a migração da teoria proprietária para a teoria da proteção constitucional integral, com a introdução de duas premissas para a aplicação da proteção conferida pela 4ª Emenda (KNIJNIK, 2016, p. 86): “a) a existência de uma expectativa real e efetiva de privacidade; e b) se a sociedade reconhece essa expectativa como razoável”.

Desta feita, verifica-se que o direito probatório evolui conforme a evolução tecnológica da sociedade, pois a cada nova tecnologia, há também um novo meio de se praticar um crime às escuras. Com base nisso, no próximo capítulo será abordado sobre o direito probatório de terceira geração.

#### 4 DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em 2001, fixou o entendimento de que o avanço da tecnologia sobre a materialidade das coisas “não pode limitar o escopo e a abrangência da proteção constitucional outorgada às pessoas”. Assim, a interpretação da 4ª Emenda, ao aludir a coisas, pertences, papéis e lugares, deveria sofrer uma atualização interpretativa, para além da doutrina Katz (KNIJNIK, 2016).

O caso subjacente ao precedente remonta a 1991, período em que o agente de polícia, Willian Elliot, desconfiava que Danny Kyllo, morador de um tríplice situado no Rhododendron Drive, em Florença, Oregon, cultivava maconha no interior de sua residência. No entanto, não possuía elementos para pleitear a expedição de um mandado de busca (KNIJNIK, 2016).

Sabendo que, para o cultivo da maconha, são utilizadas lâmpadas de alta intensidade, os agentes Elliot e Dan Haas utilizaram o equipamento “Agema Thermovision 210”, promovendo uma captação térmica da residência (thermal imaging) (KNIJNIK, 2016).

No dia 16 de janeiro de 1992, os agentes pararam um veículo em via pública e em poucos minutos constataram que o telhado em cima da garagem e uma parede lateral da casa de Kyllo eram mais quentes em comparação com o resto da casa e, substancialmente, mais quentes do que os tríplices vizinhos (KNIJNIK, 2016).

Com base nisso, a polícia conseguiu o elemento que faltava para o mandado de busca. Durante a busca realizada na casa do investigado, os agentes encontraram mais de cem plantas de cannabis sativa cultivadas. Kyllo, então, foi acusado de fabricação de drogas (KNIJNIK, 2016).

Em juízo, Kyllo tentou o reconhecimento da nulidade da prova sob a alegação de que esta era invasiva, pois o equipamento utilizado era ofensivo à sua privacidade e que, portanto, sua utilização dependeria de uma prévia autorização judicial (KNIJNIK, 2016).

O Tribunal de Apelação não acolheu a tese da defesa, pois, de acordo com o precedente Katz, não ocorreu uma busca e tampouco violação de expectativa de privacidade, já que não houve por parte do acusado nenhuma tentativa de conter o calor que emanava de sua residência. Além disso, não havia nenhuma expectativa razoável de privacidade, pois o equipamento utilizado não poderia expor detalhes íntimos de sua vida, captando apenas o calor proveniente da residência (KNIJNIK, 2016).

No entanto, a Suprema Corte acolheu o argumento defensivo, promovendo um avanço em relação ao precedente Katz e estabelecendo mecanismos de proteção contra o poder penetrante dos novos aparatos tecnológicos. Segundo Knijnik (2016, p. 92):

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

Segundo a decisão da Suprema Corte, se o Governo utiliza um dispositivo que não é de uso público geral para explorar os detalhes de uma casa que antes seriam desconhecidos sem intrusão física, tal atividade constitui numa busca desarrazoada se não for precedida por um mandado judicial (KNIJNIK, 2016).

Nesse contexto, se uma autoridade policial almeja utilizar determinada tecnologia que ainda não está disseminada no uso geral do público, segundo o precedente *Kyllo*, deverá obter autorização judicial.

Dessa forma, concluiu-se que as informações captadas pela câmara termográfica são resultado de uma busca e que a 4ª Emenda não poderia ser interpretada de forma restritiva, deixando o cidadão à mercê do avanço da tecnologia.

O precedente *Kyllo* revela que devido ao avanço tecnológico, com suas imprevisíveis e incontrolláveis aplicações, capazes de penetrar e devassar a intimidade de qualquer pessoa, é necessário que haja uma análise prévia por uma autoridade imparcial.

No HC n. 51.531, o Min. Schietti citou ainda o precedente *Riley v. California*, no qual a Suprema Corte norte-americana concluiu ser necessário um mandado judicial para permitir o acesso ao telefone celular de um cidadão durante uma prisão em flagrante, haja vista que “telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção”.

No caso que deu origem ao precedente, David Leon Riley foi abordado pela polícia em San Diego, no dia 22 de agosto de 2009, constatando-se que estava com sua carteira de motorista vencida. Ao proceder a busca veicular, foram localizadas duas pistolas sob o capô do automóvel. Em seguida, a polícia acessou o telefone celular de Riley e

descobriu que ele era membro de uma gangue envolvida em diversos assassinatos (KNIJNIK, 2016).

Riley foi condenado e recorreu à Corte de Apelação, tendo o Tribunal entendido que a 4ª Emenda permitiria à polícia a realização da busca exploratória no aparelho celular, sempre que localizado perto do suspeito no momento da prisão (KNIJNIK, 2016).

Três precedentes foram utilizados para amparar referido entendimento *Chimel v. California*, *United States v. Robinson* e *Arizona v. Gant*. A Suprema Corte da Califórnia ratificou o entendimento das instâncias inferiores, aplicando precedentes da Suprema Corte norte-americana, que permitiam aos funcionários aproveitar objetos sob o controle de um detido e realizar buscas sem mandado para fins de preservação de provas (KNIJNIK, 2016).

Entretanto, a Suprema Corte norte-americana concluiu que o mandado era necessário para acessar o telefone celular. Nesse cenário, a citação pelo Min. Rogério Schietti do direito probatório de terceira geração, ao apreciar o HC n. 51.531, de 09/05/2016, é extremamente oportuna, pois o caso subjacente aos autos versava justamente acerca da discussão dos limites da atuação estatal no que tange às provas obtidas por mecanismos tecnológicos que transcendem os resultados que seriam alcançados pelos meios tradicionais.

Segundo a doutrina, as provas de terceira geração abrangem os seguintes meios probatórios: testes genéticos (DNA), exames biológicos, químicos e toxicológicos, exames psicológicos com fulcro em estudos epidemiológicos e de experimentação, reconstrução dos fatos por meio de dinâmicas realizadas por avançados softwares; reconhecimento vocal (voice-print), cálculos estatísticos, estilometria (individualização de estilos literários de uma pessoa), reconhecimento por GPS da localização de alguém, leitura labial, thermal imaging (análise térmica de um ambiente), sobrevoo com câmeras de alta precisão, utilização de cães farejadores, utilização de equipamentos de raios x para leitura de ambientes ou localização de objetos inseridos no corpo humano, interceptação de sinais ambientais, infiltração de agentes, key logger (programa espião que registra tudo o que é digitado no computador – registrador do teclado), entre diversas outras possibilidades de obtenção de provas pelo uso da tecnologia (KNIJNIK, 2016).

Cumprido ressaltar que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência nacional, nem todas essas hipóteses descritas necessitam de autorização judicial. De acordo com as peculiaridades do caso concreto, deverão ser ponderados o poder de penetração dos aparatos tecnológicos e a expectativa de intimidade dos indivíduos, impondo-se aos agentes estatais o dever de obtenção de prévia ordem judicial quando o recurso utilizado violar a expectativa de intimidade do indivíduo.

Por fim, ressalta-se que Gabriella Di Paolo (2008) classifica os novos instrumentos de investigação em três categorias: “a) buscas superintrusivas (hyper-intrusive searches); b) observações virtuais (virtual surveillance); c) organização de grandes volumes de informações, que se encontram no nível mais alto da escala de mitigação dos direitos fundamentais (high volume collection)”.

As buscas superintrusivas (hyper-intrusive searches) compreendem os meios de investigação que dão acesso a informações extremamente confidenciais, permitindo adentrar naquele mínimo espaço de sigilo que deve ser garantido a toda pessoa, para que possa existir e se desenvolver em harmonia com o postulado da dignidade humana. Em razão dessa aptidão intrusiva na esfera privada, tais instrumentos investigativos permitem controlar os aspectos mais íntimos da vida das pessoas (DI PAOLO, 2008).

Cita-se, como exemplo, as interceptações telefônicas e o sistema Key Logger (programa espião que registra tudo o que é digitado no computador - registrador do teclado) (DI PAOLO, 2008).

As observações virtuais (virtual surveillance) compreendem as tecnologias que são dotadas de uma menor capacidade de intrusão da categoria anterior, devido à natureza diferente dos dados captados, pois, apesar de permitir que os órgãos de investigação adquiram informações não acessíveis sem a ajuda tecnológica, tais dispositivos permitem apreender informações menos sensíveis das anteriores. Os exemplos citados são o thermal imagers (mapeamento de calor emanado de prédios, veículos ou objetos), pen registers & trap and trace devices (armadilha e dispositivo de rastreamento: dispositivo que reconhece o número de origem, a discagem, o roteamento, o endereçamento e outras informações, identificando a origem de um terminal de comunicação telefônico, sem incluir informações quanto ao conteúdo de qualquer comunicação) e see-through devices (tecnologia que permite enxergar através de barreiras físicas) (DI PAOLO, 2008).

Por fim, a organização de grandes volumes de informações se encontra no nível mais alto da escala de mitigação dos direitos fundamentais (high volume collection) e compreende a coleta de informação em massa, provenientes de diversas fontes. Abrange os programas de reconhecimento facial instalados em áreas públicas que permitem controlar o movimento das pessoas, bem como identificar pessoas procuradas ou que adotem comportamento suspeito. A referida autora cita também o software do FBI que controla a comunicação via internet (Carnivore System) (DI PAOLO, 2008).

Em apertada síntese, quanto às limitações da atuação estatal em razão da proteção à intimidade, as gerações probatórias, à luz dos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelecemos a seguinte classificação:

Direito probatório de 1ª geração: a proteção constitucional aplicava-se apenas a áreas tangíveis e demarcáveis, exigindo a entrada, o ingresso e a violação de um espaço privado ou particular, com abrangência apenas de coisas, objetos e lugares. Segundo a Suprema Corte dos EUA, a correta interpretação constitucional não permitiria alargá-la além do conceito de pessoas, casas, papéis e pertences, para proibir escutar ou observar. Na primeira geração a captação da imagem e da voz, incluindo-se a realizada por meio da interceptação telefônica, não era protegida constitucionalmente – Teoria proprietária ou trespass theory (KNIJNIK, 2016).

Direito probatório de 2ª geração: o âmbito de proteção constitucional foi ampliado de coisas, lugares e pertences para pessoas e suas expectativas de privacidade. A teoria proprietária, estabelecida no precedente *Olmstead v. United States*, foi superada, e o âmbito de proteção constitucional foi migrado de coisas, lugares e pertences para pessoas e suas expectativas de privacidade, sedimentando o entendimento de que a 4ª Emenda estende sua proteção à gravação de declarações orais - Teoria da proteção constitucional integral (KNIJNIK, 2016).

Direito probatório de 3ª geração: abrange as provas tecnológicas, altamente invasivas, que permitem ao governo alcançar conhecimentos e resultados que transcendem àqueles que seriam obtidos pelos sentidos e técnicas tradicionais (KNIJNIK, 2016).

A partir do precedente *Kyllo v. United States*, fixou-se o entendimento de que o avanço da tecnologia sobre a materialidade das coisas não pode limitar o escopo e a abrangência da proteção constitucional outorgada às pessoas. Assim, a interpretação da 4ª Emenda, ao aludir a coisas, pertences, papéis e lugares, deveria sofrer uma atualização interpretativa, para além da doutrina *Katz*. O precedente *Kyllo* alerta que, devido ao poder devassador, imprevisível e penetrante da tecnologia, sua utilização, se ainda não pertencer ao uso geral do público, dependerá da análise de uma autoridade judiciária (KNIJNIK, 2016).

Sendo assim, conclui-se com base na revisão bibliográfica realizada, bem como no HC n. 51.531, de 09/05/2016, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que o direito probatório de terceira geração fere os direitos fundamentais do investigado, vez que o acesso à intimidade tecnológica se contrapõe há direito previsto na Constituição Federal do Brasil.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpre destacar que a problemática que ensejou a presente pesquisa em busca de solução foi “o Direito Probatório de Terceira Geração fere os direitos fundamentais do indiciado?”.

Para o deslinde da pesquisa de enorme importância foi a revisão bibliográfica realizada, a análise da legislação pertinente a temática, além do precedente do Superior Tribunal de Justiça.

Com o objetivo de identificar se o direito probatório de terceira geração é meio lícito ou não para a obtenção de provas, em consonância com os direitos fundamentais, pontos específicos foram abordados, sendo a prova no âmbito penal, e as gerações dos meios probatórios.

No início da pesquisa duas hipóteses foram levantadas, sendo elas: a) o direito probatório fere os direitos fundamentais do investigado; b) o direito probatório não fere os direitos fundamentais do investigado.

Após toda averiguação e análise de dados no período desse trabalho monográfico, chegou-se à conclusão de que o direito probatório de terceira geração fere os direitos fundamentais do investigado, conforme precedente mais recente do Superior Tribunal de Justiça, que é o HC n. 51.531, de 09/05/2016.

Apesar disso, o tema merece grande atenção, pois com a evolução tecnológica a acesso de toda a sociedade, o direito também deve evoluir, com a finalidade de combater os crimes.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PAOLO, Gabriella. *Tecnologie del controllo e prova penale: l'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*. Padova: Cedam, 2008.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

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.

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

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC n. 51.531, de 09/05/2016**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2051531>>. Acesso em 17/05/2018