

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO – UNDB
CURSO DE DIREITO

DANIEL FREITAS MATOS

FISHING EXPEDITION E PROVA DIGITAL: uma análise do fenômeno da
serendipidade na busca por provas a partir da autorização judicial para acesso ao dispositivo
informático do investigado criminalmente

São Luís

2022

DANIEL FREITAS MATOS

FISHING EXPEDITION E PROVA DIGITAL: uma análise do fenômeno da serendipidade na busca por provas a partir da autorização judicial para acesso ao dispositivo informático do investigado criminalmente

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rafael Moreira Lima Suaia

São Luís

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Matos, Daniel Freitas

Fishing Expedition e prova digital: uma análise do fenômeno da serendipidade na busca por provas a partir da autorização judicial para acesso ao dispositivo informático do investigado criminalmente. / Daniel Freitas Matos. __ São Luís, 2022.

62 f.

Orientador: Prof. Me. Rafael Moreira Lima Sauaia

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2022.

1. Pescaria probatória. 2. Processo penal. 3. Provas digitais.
4. Serendipidade. I. Título.

CDU 343.14

DANIEL FREITAS MATOS

FISHING EXPEDITION E PROVA DIGITAL: uma análise do fenômeno da serendipidade na busca por provas a partir da autorização judicial para acesso ao dispositivo informático do investigado criminalmente

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 07/12/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Rafael Moreira Lima Sauaia (Orientador)
Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Prof. Me. Carlos Helder Carvalho Furtado Mendes
Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Prof. Me. José Guimarães Mendes Neto
Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, registro a minha gratidão a Deus, não apenas pelas bênçãos que, generosamente, me entregou, mas especialmente por ter permitido os momentos difíceis, que, sem qualquer sombra de dúvida, me tornaram uma pessoa mais forte, que aprendeu a lidar com as suas piores limitações e que, durante essa exaustiva jornada, descobriu exatamente aonde pretende chegar.

Agradeço aos meus pais e melhores amigos, Daniel Boone e Leonice Rodrigues, por serem o meu principal alicerce, bem como às minhas irmãs, Águida, Agnes e Kayla, por tornarem os dias “tempestuosos” mais coloridos e suportáveis. Sem vocês, o caminho até aqui certamente seria mais longo e desgastante.

Ao meu orientador nessa pesquisa, me. Rafael Sauaia, com quem aprendi a “dar os primeiros passos” no direito penal e processual penal, agradeço pela condução impecável da elaboração da presente pesquisa. Cada apontamento, correção e sugestão dada durante as nossas conversas integram uma parte indispensável neste Trabalho de Conclusão de Curso.

Por derradeiro, a todos os outros que de alguma forma me ajudaram, registro a minha sincera gratidão e o desejo de um dia poder retribuir em proporções semelhantes.

RESUMO

Nos últimos anos, a discussão acerca das provas digitais adquiriu certo destaque na prática processual penal, o que, em razão da ausência de legislação específica que regule a sua produção, tornou premente a realização de uma análise comparativa com o modelo “clássico” de provas (ou elementos de informação) colhidas na investigação criminal, afim de identificar como os institutos processuais penais podem ser aproveitados para o ambiente digital sem que isso implique em violações à ordem jurídico-constitucional. Dessa forma, é preciso entender o conceito e as características das provas digitais para que se torne inteligível o perigo inerente à sua produção no processo penal, isto é, a tentativa desenfreada de encontrar a “verdade real” e os diversos direitos fundamentais violados durante o percurso de colheita dessas provas. A presente pesquisa pretende demonstrar as facetas do princípio da serendipidade aplicado ao encontro fortuito de provas durante a investigação criminal, bem como certas dificuldades inerentes a essa aplicação no ambiente digital. Por este motivo, o objeto direto deste trabalho analisará as provas, incluindo aquelas encontradas com desvio causal, colhidas através do acesso ao dispositivo informático do investigado, especialmente no que concerne aos aplicativos de mensagens privadas, tais como o WhatsApp e o Telegram. Em razão disso, o objetivo geral da pesquisa foi identificar em que medida o princípio da serendipidade poderia ser aplicado às provas digitais sem que se configurasse a prática ilegal de pescaria probatória na investigação criminal, estabelecendo, portanto, os limites do mandado judicial que autoriza o acesso ao dispositivo, bem como quanto às provas encontradas fortuitamente nessas ocasiões. Assim, inferiu-se que a aplicação do princípio da serendipidade depende de certas adaptações no âmbito digital, o que permitiu confirmar a hipótese inicial.

Palavras-chave: pescaria probatória; Processo penal; Provas digitais; Serendipidade.

ABSTRACT

In recent years, the discussion about digital evidence has gained some prominence in criminal procedural practice, which, due to the absence of specific legislation regulating its production, has made it imperative to carry out a comparative analysis with the “classic” model of evidence (or elements of information) collected in the criminal investigation, in order to identify how criminal procedural institutes can be used in the digital environment without implying violations of the legal-constitutional order. In this way, it is necessary to understand the concept and characteristics of digital evidence so that the danger inherent in its production in criminal proceedings becomes intelligible, that is, the unbridled attempt to find the “real truth” and the various fundamental rights violated during the trial. collection path of these tests. This research intends to demonstrate the facets of the principle of serendipity applied to the fortuitous encounter of evidence during the criminal investigation, as well as certain difficulties inherent to this application in the digital environment. For this reason, the direct object of this work will analyze the evidence, including those found with causal deviation, collected through access to the investigated computer device, especially with regard to private messaging applications, such as WhatsApp and Telegram. As a result, the general objective of the research was to identify the extent to which the principle of serendipity could be applied to digital evidence without configuring the illegal practice of probative fishing in criminal investigation, thus establishing the limits of the court order that authorizes the access to the device, as well as evidence found fortuitously on these occasions. Thus, it was inferred that the application of the principle of serendipity depends on certain adaptations in the digital environment, which confirmed the initial hypothesis.

Keywords: criminal Procedure; Digital evidence; Evidential fishing; Serendipity.

LISTA DE SIGLAS

ARGR RESP	Agravo Regimental em Recurso Especial
ART	Artigo
CPB	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
HC	<i>Habeas Corpus</i>
NIST	<i>National Institute for Standard and Technology</i>
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
SÉC.	Século
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SP	São Paulo
U.S.	<i>United States</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A BUSCA PELAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	12
2.1	Noções propedêuticas acerca das provas e suas finalidades no processo penal	12
2.2	As peculiaridades do uso das provas digitais no processo penal: uma análise das características diferenciadoras das provas “clássicas”	16
2.3	Os riscos da busca pela “verdade” (real ou processual) na aquisição das fontes de prova em ambiente digital	20
3	OS LIMITES NA COLHEITA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	25
3.1	A inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro	25
3.2	O princípio da serendipidade aplicado ao encontro fortuito de provas na investigação criminal	29
3.3	A ilegalidade do uso da técnica de <i>fishing expedition</i> na colheita de provas	34
4	A APLICAÇÃO DA SERENDIPIDADE EM AMBIENTE DIGITAL: UMA ANÁLISE DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL GENÉRICA PARA ACESSO AO DISPOSITIVO INFORMÁTICO DO INVESTIGADO CRIMINALMENTE	39
4.1	O direito à não autoincriminação analisado a partir do conteúdo posto voluntariamente nos dispositivos informáticos	39
4.2	Os mandados judiciais genéricos: uma adaptação do conceito de acesso genérico no ambiente digital	43
4.3	Interceptação das comunicações telefônicas, o sigilo de dados e o acesso a aplicativos de mensagens privadas: uma análise comparativa para a aplicação do princípio da serendipidade	49
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

Em razão da facilidade para encontrar elementos probatórios ou de informação na investigação criminal, o acesso aos dispositivos informáticos pessoais dos suspeitos, indiciados e acusados tem se tornado uma medida atrativa e recorrente no âmbito fático, podendo ser feito tanto por meio de um mandado judicial devidamente fundamentado, quanto a partir da formulação de um termo, com autorização para o acesso, subscrito pelo próprio investigado.

A problemática do referido acesso se acentua quando a aludida autorização possui caráter amplo (genérico), independentemente da natureza daquela. Pois, todos os dados contidos num determinado dispositivo informático passam a poder ser conhecidos indiscriminadamente pela autoridade investigativa, até mesmo aqueles considerados irrelevantes para a investigação criminal em curso, e que estão relacionados, a princípio, à vida pessoal do investigado ou de terceiros.

Desta forma, torna-se imperioso o conhecimento dos conceitos e características das provas digitais, com vistas a compreender a necessidade de tratamento diferenciado com relação à aplicação de determinados institutos do processo penal pátrio. Especialmente, por conta da promiscuidade dos dados contidos em dispositivos informáticos, que acabam por flexibilizar os direitos fundamentais à privacidade, intimidade e à não autoincriminação.

Nesse ambiente digital, no qual os dados estão intrinsecamente interligados, há uma maior atratividade na busca por elementos probatórios relativos a outras infrações penais ou a terceiros que participaram do delito objeto da investigação. Diante disso, surge a necessidade de que a aplicação do fenômeno da serendipidade, para legitimar as provas encontradas fortuitamente, seja adaptada à natureza peculiar das provas digitais.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm admitido a aplicação da serendipidade para solucionar os casos em que, no curso de determinada investigação criminal, são encontrados elementos probatórios (ou de informação) alheios (ou não) ao delito e/ou pessoas objetos da investigação, o que se denomina de encontro fortuito de provas. Assim, a serendipidade surge como um princípio ou critério apto a legitimar o uso destas provas.

Todavia, numa análise propedêutica, verifica-se que, no concernente às provas digitais, especialmente aquelas colhidas nos dispositivos informáticos modernos, o manejo do fenômeno da serendipidade para justificar a licitude de uma prova encontrada fortuitamente torna-se insuficiente, se não estiver alinhado a outros critérios que impeçam

uma busca ampla e indiscriminada por elementos probatórios.

Isso se dá em função da necessidade de que a investigação e o processo penal munam-se com “armas” técnicas para evitar o manejo da (ilegal) busca por provas, geralmente detectada nos mandados judiciais genéricos, denominada de *Fishing Expedition* ou pescaria probatória, que consiste basicamente na busca especulativa, isto é, sem causa provável, de elementos probatórios.

Nesse sentido, não apenas nos mandados judiciais genéricos (aqueles que não especificam o App ou as mensagens específicas a serem acessadas, por exemplo), mas até mesmo aqueles que especificam o local de acesso precisam possuir certos limites no que concerne ao encontro fortuito de provas. Um exemplo é quando a autoridade que conduz a investigação se depara com um conteúdo em que o investigado (ou um terceiro alheio às investigações) se autoincrimina.

Assim, infere-se que alguns institutos processuais penais, como o fenômeno da serendipidade, precisam ser reanalisados sob a ótica das provas digitais, em razão das características peculiares destas. Tudo isso com a pretensão de evitar a ausência de restrições à colheita da prova no juízo penal no ambiente digital.

Quanto à justificativa da presente pesquisa, o surgimento de novos meios tecnológicos de investigação criminal no âmbito digital tem mobilizado discussões acerca da compatibilidade de tais meios com o ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, além do óbice relacionado à peculiaridade de aplicação do princípio da serendipidade, é imprescindível a realização de um debate referente a algumas problemáticas às quais os meios de investigação em ambiente digital podem estar sujeitos, sendo a “pescaria probatória” uma das mais intrigantes.

Pois, a utilização dos meios informáticos de investigação, sem uma prévia discussão a respeito dos limites ao encontro fortuito de provas acarretaria demasiada insegurança no exercício dos direitos fundamentais no espaço digital, bem como relativizaria garantias processuais penais na colheita de (fontes de) provas. Desse modo, é indispensável que os direitos fundamentais e as garantias processuais dos sujeitos sejam resguardados, de modo que sejam evitadas as investigações genéricas em dispositivos informáticos.

Nesse sentido, o desenvolvimento atual e futuro das atividades de julgador, acusador e defensor no processo penal requer o enfrentamento das referidas problemáticas, especialmente para evitar que a investigação seja utilizada em descompasso com as garantias processuais. Logo, a problemática suscitada pela presente tese monográfica visa fomentar uma discussão essencial para as pessoas que pretendem militar nessa área do direito,

fornecendo-as um suporte mínimo para o início de outras pesquisas sobre o tema.

A linha metodológica utilizada durante a construção desta pesquisa tem por método de abordagem o hipotético-dedutivo, com cunho exploratório e descritivo, visto que existia um conhecimento prévio sobre o fenômeno da serendipidade e foi observada a problemática quanto a dificuldade de aplicação deste instituto nos casos de encontro fortuito de provas em ambiente digital. A priori, a hipótese para tal problema se deu quanto à ilegalidade dos mandados genéricos e das provas referentes a terceiros alheios à investigação. Essa hipótese será testada para atingir um resultado confirmatório ou negativo do problema.

No que tange ao objetivo de pesquisa, foi escolhido o método exploratório do problema, de modo a fornecer informações que tornem a investigação clara, propiciando uma familiaridade com o tema. Assim, além da pesquisa jurisprudencial, foi adotado o procedimento de pesquisa bibliográfica, com vistas a propiciar conclusões inovadoras sobre o exame do tema escolhido, de modo a explicitá-lo e construir hipóteses quanto à aplicação da serendipidade no ambiente digital.

Todo o *corpus* selecionado para a pesquisa foi analisado qualitativamente. Para além da pesquisa de cunho documental, este trabalho também utilizou diversas fontes bibliográficas, tais como artigos publicados em periódicos, teses, dissertações, e doutrinas selecionadas. Quanto aos julgados escolhidos, levou-se em consideração tanto a proximidade com o tema agora abordado quanto as decisões consideradas pioneiras no respectivo assunto.

Portanto, foi delineado um objetivo geral para o presente trabalho, qual seja, identificar em que medida o fenômeno da serendipidade pode ser aplicado ao encontro fortuito de provas digitais, especificamente aquelas obtidas através do acesso genérico ao dispositivo informático do investigado. Isso em vista, primeiro há de se examinar o conceito e natureza jurídica das provas colhidas em ambiente digital. Em seguida, estudar o encontro fortuito de provas e o fenômeno da serendipidade conforme a doutrina e jurisprudência brasileiras. E, por fim, analisar o fenômeno da serendipidade no ambiente digital, apresentando sugestões para o acesso “não-genérico” ao dispositivo informático do investigado criminalmente.

Assim, o primeiro capítulo da presente pesquisa tem um caráter propedêutico, destinado a examinar o conceito, natureza jurídica e as características das provas (digitais). Em seguida, foi feito um estudo sobre o encontro fortuito de provas e os limites que o distinguem da pescaria probatória. Por fim, foi realizada uma análise jurisprudencial comparativa entre a interceptação das comunicações telefônicas, o acesso genérico e o fenômeno da serendipidade, no que se refere ao encontro fortuito de provas digitais obtidas

a partir do acesso ao dispositivo informático do investigado criminallymente.

2 A BUSCA PELAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

A presente pesquisa explora a problemática que circunda a aplicação do fenômeno da serendipidade às provas digitais encontradas a partir do acesso genérico aos dispositivos informáticos do investigado criminalmente. Portanto, é imprescindível que o este capítulo de fundamentação do presente trabalho tenha um caráter propedêutico. Logo, à vista do primeiro objetivo específico, o foco inicial será examinar o conceito, a natureza jurídica e a finalidade das provas no processo penal brasileiro.

Para tanto, será necessário realizar um apanhado doutrinário com vistas a subsidiar a presente pesquisa com elementos técnicos capazes de indicar as semelhanças das diversas definições de “provas”, bem como para explicitar a natureza jurídica e a finalidade dos produtos da investigação criminal (ex: meios de prova, fonte de prova e meios de obtenção da prova). E, a partir disso, buscar entender as “provas digitais” e as suas peculiaridades.

Superada esta parte, se passará à análise específica das provas digitais, de modo que sejam esclarecidas as diferenças existentes entre essas e as provas “físicas” ou “clássicas”, bem como a necessidade de tratamento diferenciado em certos casos. Assim, serão demonstradas algumas características inerentes às provas digitais, as quais, por um lado, têm concedido certa atratividade nas investigações criminais, e por outro, têm descredibilizado o seu uso em razão da dificuldade de controle da investigação.

Por fim, deverá ser realizada uma associação entre o conceito e as características específicas das provas digitais e a tendência, na prática, de extrapolar os limites do sistema acusatório, violando certos direitos e garantias fundamentais, em razão da aparente atratividade na busca por provas (ou elementos de informação) em dispositivos informáticos, tais como os *smartphones*, *tablets*, *notebooks*, etc. Isso acontece por conta da grande quantidade de informações disponíveis nesses aparelhos.

2.1 Noções propedêuticas acerca das provas e suas finalidades no processo penal

O processo penal pretensamente acusatório, que funciona como uma máquina cuja finalidade é reconstruir os fatos passados a ela submetidos, tem não apenas a sua razão de existir mas toda a sua credibilidade institucional dependente da colheita de provas em plena conformidade com a Constituição e com a legislação infraconstitucional correspondente. Assim, é válido afirmar que as “provas”, regularmente colhidas, são o alicerce e a razão de ser do processo penal brasileiro.

A prova, para fins processuais, caracteriza-se como o ato de tornar nítida a realidade de um fato para o julgador. De acordo com Nucci (2015, p. 24), no plano jurídico, trata-se da “demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo”, ressaltando a necessidade de diferenciar a verdade objetiva, que coincide com a realidade fática e nem sempre é possível ser constatada (ex: A está morto, e o exame cadavérico comprova), e a verdade subjetiva, que está relacionada com a certeza individual, podendo ou não ser compatível com a primeira.

O objeto das provas são os fatos pertinentes ao processo, isto é, aqueles que tenham relação com o caso, de modo que os fatos “impertinentes”, no entendimento de Greco Filho (2012, p. 106), devem ter a sua produção probatória rejeitada pelo magistrado, em razão da inutilidade da medida. Nesse sentido, nem mesmo a falta de controvérsia sobre um fato pertinente pode dispensar a produção probatória, como ocorre, por exemplo, com a confissão do investigado/acusado que deve ter amparo nas demais provas constantes dos autos.

Em consonância com esse entendimento, Pacelli (2020, p. 423) assevera que o processo penal, através da produção probatória, envidará esforços na busca por uma “certeza do tipo jurídica”, de modo que esta poderá ou não corresponder a realidade dos fatos históricos levados a conhecimento do Estado-Juiz. Tal “certeza jurídica” não se confunde necessariamente com a “certeza individual” apontada por Guilherme Nucci (2015, p. 24), em razão do aspecto predominantemente subjetivo desta.

Essas duas construções doutrinárias, relativamente semelhantes, devem ser tratadas como mutuamente complementares no estudo das provas no processo penal pátrio. Haja vista, que não basta apenas que as partes se empenhem em incutir no magistrado a convicção do seu ponto de vista com os elementos probatórios que carrearem aos autos (verdade subjetiva), mas deve o próprio magistrado deter-se exclusivamente naquilo que foi produzido nos autos, comparando os elementos de prova trazidos por ambas as partes (certeza jurídica).

Logo, em uma ordem lógica, deve o magistrado primeiro encontrar a “certeza jurídica” no processo, para só então formar uma convicção e decidir a partir disso. A inversão dessa ordem confrontaria com a proposta de um processo penal democrático, visto que o juiz inicialmente formaria a sua convicção (para condenar ou absolver) e apenas depois buscaria nos autos os elementos que confirmassem a sua convicção previamente formada, realizando uma “coleta seletiva de evidências” ou viés de confirmação.

Nucci (2015, p. 25) entende que a busca pela “verdade objetiva” não deve ser o objeto da produção probatória, em razão de ser atividade de alta complexidade e que nem sempre será possível realizá-la. Pacelli (2020, p. 422) complementa aduzindo que a “reconstrução dos fatos” deve buscar sempre a maior coincidência com a realidade histórica ou

“veracidade dos fatos”.

A finalidade da produção das provas no processo penal está diretamente relacionada com o sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico respectivo, isto é, o objeto da prova e os meios utilizados para a sua consecução são substancialmente distintos nos modelos acusatório, inquisitório e misto.

O sistema inquisitório, na definição de Lopes Júnior (2019, p. 191), é aquele em que as atividades de julgador e acusador se confundem, de modo que a pessoa que está sendo investigada perde a condição de sujeito processual, passando a se caracterizar como o objeto da investigação. Nesse sistema, portanto, o juiz acumula em sua figura todas as funções do processo, atuando como parte, investigador, diretor, acusador e julgador, um verdadeiro protagonista.

Historicamente, a igreja possuiu a função mais relevante na consolidação da inquisição para apurar crimes (ou pecados), na medida em que legitimava o combate a qualquer custo da heresia e do herege, independente dos meios utilizados. Esse exemplo de lógica inquisitorial ressalta a intolerância do referido sistema, isto é, a sua centralização numa verdade absoluta, sem a qual não haveria a salvação (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 193).

Assim, no processo penal estariam legitimados os meios cruéis, como a tortura, na produção de provas com vistas a reconstruir a realidade fática ou a verdade real, de modo que o resultado significaria a formação de uma verdade inquestionável, por exemplo, a confissão do acusado, produto de tortura, era considerada uma verdade inquestionável, independentemente de estar maculada com o meio utilizado.

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 195).

O sistema inquisitório predominou até o final do século XVIII e início do século XIX, em razão da repercussão da Revolução Francesa no processo penal, de maneira que se iniciou a partir de então uma lenta transição para o sistema misto, conforme aduz Lopes Júnior (2019, p. 196).

O sistema acusatório, por sua vez, precedeu o sistema inquisitório, predominando mais ou menos até o século XII. Conforme dispõe Aury Lopes Júnior (2019, p. 184), a sua origem remonta ao direito grego, modelo no qual havia a participação direta das pessoas do povo, como acusadores ou julgadores.

Diferentemente do modelo inquisitorial, o sistema acusatório é marcado e reconhecido pela divisão evidente das funções desempenhadas no processo criminal, de modo que, por mais que pareça óbvio, os juízes estavam limitados a julgar, sendo inteiramente das partes o ônus da produção das provas. A acusação como responsável pela produção de provas, mas sem retirar do acusado o direito de exercer o contraditório.

A razão para que o referido sistema fosse relegado a segundo plano, sendo dada prevalência ao modelo inquisitorial, segundo Lopes Júnior (2019, p. 186), consistiu na invasão paulatina pelos juízes nas atribuições típicas dos acusadores privados, de modo que, o julgador passou a cumular para si as funções de julgar e acusar.

Desta forma, apenas com a expansão dos ideais defendidos na Revolução Francesa (séc. XVIII) os traços mais cruéis do modelo inquisitório começaram a ser gradualmente abandonados nas sociedades que adotaram os postulados propugnados pelos iluministas. Assim, predominando mais uma vez a forma acusatória. Na concepção de Lopes Júnior (2019, p. 188),

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 188).

Uma das principais críticas dirigidas ao sistema acusatório atual diz respeito à figura do juiz “inerte”, que não mais estaria autorizado a proceder de ofício, mas dependeria da provocação das partes para agir. Nesse sentido, dificilmente se encontra atualmente nos Estados democráticos a utilização de um sistema acusatório puro, sendo normalmente observados com traços característicos do sistema inquisitório.

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme aduz Nucci (2015, p. 184), o sistema existente é o misto, isto é, predominantemente acusatório com lanços inquisitivos, aduzindo que o “senso de realidade” nos impele a admitir essa situação, por mais questionável, falha e problemática que ela seja.

De forma que, no Brasil, entende-se que a regra é a de que o ônus da prova é da acusação, porém, o réu pode chamar para si o interesse de produzir a prova quando alega algo em seu benefício como uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, bem como faculta-se ao juiz a requisição de diligências de ofício no curso da instrução ou antes de proferir a sentença “para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”, nos termos do art. 156, II, do CPP (BRASIL,

1941).

Greco (2012, p. 105) preconiza que a finalidade da produção probatória é a de convencer o magistrado acerca da veracidade de uma situação fática. Dessa forma, a “prova” não teria um fim em si mesma, ou qualquer sentido moral e/ou filosófico, mas eminentemente prático, isto é, o “convencer o juiz” (GRECO, 2012, p. 105). Essa convicção (juridicamente fundada) do magistrado estaria em consonância com os limites humanos no que concerne à impossibilidade de alcançar a certeza absoluta sobre um fato histórico, sendo representada pela busca de uma “certeza relativa”.

É evidente que os elementos probatórios precisam demonstrar o mais próximo possível da realidade fática que está sendo objeto de investigação, sob pena de inutilizarmos a persecução penal. Assim como a decisão do magistrado, além de estar juridicamente embasada, deve estar rigorosamente fundada nas provas colhidas sob o manto do devido processo legal. Essa “convicção” que ora se propugna não é irrestrita e desregrada, mas constitucional e legalmente limitada.

A relevância dessa questão no presente trabalho é que o sistema processual adotado no ordenamento jurídico respectivo impacta diretamente no instituto das provas (especialmente as digitais), isto é, define quem pode produzi-las e os limites para a sua produção. Assim, as alterações legislativas vindouras precisam ser cautelosas, na medida em que a ordem histórica de predominância dos sistemas processuais puros, intrinsecamente opostos, demonstrou uma propensão do modelo acusatório em ceder cada vez mais espaço para o sistema inquisitorial.

2.2 As peculiaridades do uso das provas digitais no processo penal: uma análise das características diferenciadoras das provas “clássicas”

As provas digitais são espécies das quais o instituto das provas é o gênero. Assim, embora seja possível aproveitar grande parte do estudo das finalidades e características mencionadas alhures, o tratamento das provas digitais requer uma análise detalhada em razão das suas especificidades, as quais muitas vezes exigirão a modificação ou o descarte dos princípios e institutos potencialmente aplicáveis.

Cada vez mais as provas tradicionais vão perdendo espaço no processo penal para as provas digitais, pois, de acordo com Vedovato e Zedes (2019, p. 66), nesse mundo que se torna mais “virtual” todos os dias, as facilidades de comunicação oferecidas pela disseminação da internet e dos dispositivos informáticos no geral, como os *smartphones* e computadores, impõe a adaptação dos paradigmas da investigação criminal.

Badaró (2021, p. 3) explica que o ideal seria a edição de uma lei que regulasse a a produção, admissão e valoração das provas digitais, haja vista que, na maioria das vezes, as regras e princípios tradicionais aplicáveis às provas “clássicas” do processo penal são inadequadas, de modo que o jurista se vê impelido a realizar diversas adaptações à dinâmica da obtenção de dados em ambiente virtual.

Para garantir a autenticidade, evitando a contaminação da prova digital, o ideal seria que o legislador pudesse estabelecer uma técnica específica a ser empregada para a individualização e apreensão da prova digital, sob pena de inutilizabilidade da prova. Todavia, considerando, de um lado, que a informática é uma ciência relativamente jovem e ainda não há meios e técnicas uniformemente aceitos e, de outro, que tem havido rapidíssima mutação e evolução das técnicas computacionais, tal solução se mostra inviável. (BADARÓ, 2021, p. 3).

Portanto, diante da ausência (da viabilidade) de legislação sobre as provas digitais, a adaptação dos institutos, regras e princípios tradicionais aplicáveis às “provas clássicas” devem levar em consideração as características diferenciadoras daquelas, ou seja, essas modificações, mesmo que às vezes irrisórias, estão limitadas pelas características definidoras das provas digitais, tais como, a imaterialidade, a volatilidade, a fragilidade e a promiscuidade.

Nesse sentido, doutrinariamente, as provas digitais devem ser entendidas como provas atípicas, haja vista se tratar de mecanismo não previsto expressamente na ordem jurídica brasileira, mas ainda sim ser plenamente utilizada no processo penal, seja para esclarecer uma questão fática relevante (função de reconstrução histórica), seja para dar acesso a uma fonte de prova específica.

Esse ponto de discussão se refere à ausência de regulamentação própria para as provas digitais, não sendo juridicamente viável a caracterização como “provas típicas” em razão da mera existência de normatização relativa a outros meios de provas específicos, tal como a interceptação das comunicações telefônicas, que pode, eventualmente, se direcionar à busca por informações em ambiente digital. São institutos considerados distintos, com naturezas jurídicas diversas.

Assim, com a regulamentação legislativa do procedimento da busca por provas em ambiente digital no âmbito da investigação criminal, todos os outros meios de prova, ou de obtenção de prova, quando visassem encontrar elementos digitais, estariam automaticamente limitados pelo diploma legal mais específico. Como ainda não existe sequer a referida previsão legal, as provas digitais estão inseridas na categoria de provas atípicas.

Desta forma, de acordo com Lima (2020, p. 670), a colheita das provas atípicas deverá ocorrer de forma subsidiária, isto é, “somente deve ser admitida a utilização de meio de prova atípico quando não houver meio de prova típico capaz de atingir o resultado que se

pretende”, devendo ser aplicada em tais casos, por analogia, a disciplina normativa referente às provas típicas.

Inicialmente, mesmo com certa dificuldade pela doutrina em fixar um conceito suficientemente abrangente das provas digitais, é preciso estabelecer a diferença entre estas e a noção de “provas eletrônicas”. As provas de natureza digital são espécies das provas de origem eletrônica, isto é, a definição destas, por ser mais ampla, engloba o conceito daquelas, de modo que toda prova digital é um prova eletrônica, mas o contrário não é verdadeiro.

A prova de origem eletrônica é considerada por Delgado Martín (2013, p. 01) como “toda informação de valor probatório contida ou transferida por um meio eletrônico”. Nesse sentido, qualquer informação passível de ser criada, armazenada ou transmitida pelos meios eletrônicos, se for interessante para a investigação, poderá ser classificada como uma “prova eletrônica”. Um exemplo apontado por Mendes (2020, p. 136) é a fotografia que embora digitalizável não possua origem em formato digital.

Por outro lado, Danielle (2011, p. 282) entende que as provas digitais consistem em “impulsos elétricos que respondem a uma sequência numérica pré-estabelecida e que, quando transportados para um suporte informático com memória, geram informação inteligível”. Em outras palavras, as provas digitais não se confundem com os objetos em que estão contidas, traduz-se na verdade em “informações de dados em *bits* sequenciais”, cujo conceito pode ser complementado pelas suas características, tais como a imaterialidade, a volatilidade e a fragilidade (MENDES, 2020, p. 137).

Isso porque a “prova digital” não passa de uma sequência de números binários (zero ou um), isto é, informações organizadas em linguagem de máquina (código-objeto), que apenas se tornam legíveis a partir da tradução realizada pelo código-fonte (MEDEIROS, 2019, p. 145). Esse, por sua vez, é entendido como um conjunto de instruções direcionadas ao computador (máquina ou dispositivo) utilizando uma linguagem de programação que torna legíveis as informações.

Vale ressaltar que a expressão “digital” não se refere necessariamente à prova de atos ocorridos em ambiente informático, sendo mais comum, na verdade, que a prova digital seja utilizada para demonstrar fatos ocorridos fora do ambiente digital, mas que podem ser esclarecidos por meio dele, conforme aduzem Lemos, Cavalcante e Mota (2021, p. 19-20).

Na concepção de Mendes (2020, p. 137), a imaterialidade consiste na desnecessidade de suporte físico, visto que este serve apenas para que a prova digital se torne perceptível; a volatilidade se configura com a possibilidade de desaparecimento das informações, seja em razão de apagamento, seja por substituição por outras informações; e a

fragilidade se consubstancia na propensão à contaminação da prova, a depender do meio utilizado para a sua colheita.

Assim, embora na prática essas informações sejam observadas de forma mais inteligível, a sua forma original é digital, de modo que a sua circulação e verificação de autenticidade também ocorrem de forma eletrônica. Por esta razão, Militão (2012, p. 261) preconiza que a investigação criminal relativa às provas digitais exige aprofundamento em conhecimentos próprios do campo da informática.

Em razão da ausência de materialidade imediatamente constatável, para que a investigação em ambiente digital produza qualquer tipo de informação jurídica passível de ser utilizada no processo penal brasileiro, é indispensável que a colheita siga os princípios informáticos, garantindo o mínimo de confiabilidade dos dados (BADARÓ, 2021, p. 3). Desta forma, a doutrina processual penal tem recomendado a utilização dos quatro princípios da *computer forensics* apresentados pelo *National Institute for Standard and Technology* (NIST).

Durante a coleta, os dados relacionados a um evento específico são identificados, rotulados, registrados e coletados, e sua integridade é preservada. Na segunda fase, de exame, ferramentas e técnicas forenses adequadas aos tipos de dados que foram coletados são executados para identificar e extrair as informações relevantes dos dados coletados, protegendo sua integridade. O exame pode usar uma combinação de ferramentas automatizadas e processos manuais. A próxima fase, a análise, envolve a análise dos resultados do exame para obter informações úteis que abordem as questões que foram o ímpeto para a realização da coleta e do exame. A fase final envolve relatar os resultados da análise, que podem incluir a descrição das ações executadas e recomendar melhorias para políticas, diretrizes, procedimentos, ferramentas e outros aspectos do processo forense. (BADARÓ, 2021, p. 3)

Uma outra característica relevante da prova digital é a promiscuidade, isto é, há grandes chances de que ela esteja localizada em ficheiros enormes que contenham todos os tipos de dados, e que estas provas estejam misturadas com dados irrelevantes à investigação criminal, geralmente relacionadas à vida privada do próprio sujeito investigado (DANIELLE, 2011, p. 286/287). Origina-se, ademais, um risco à confidencialidade dos dados e outras informações relativas a terceiros não envolvidos na investigação, que tenham contato com o investigado.

Mendes (2020, p. 143) assevera que essa heterogeneidade de dados em um sistema informático, decorrente da característica de promiscuidade da prova digital, possibilita o contato da autoridade investigadora com dados irrelevantes ou relevantes ao caso penal, ou, ainda, pode ensejar o manejo de dados constitucionalmente sensíveis, tais como os pessoais referentes à convicção de cunho religioso, político, sexual e etc.

Com base nisso, é essencial que toda a investigação em ambiente digital seja documentada e registrada em todas as suas etapas, em razão do acesso invasivo ao dispositivo

e da capacidade de mutação das informações ali constantes, “exatamente pela diferença ontológica da prova digital com relação à prova tradicional, bem como devido àquela não se valer de uma linguagem natural, mas digital, é que uma cadeia de custódia detalhada se faz ainda mais necessária” (BADARÓ, 2021, p. 4).

Essas informações, colhidas em forma de provas a serem utilizadas no processo penal, por envolverem direitos fundamentais como privacidade, intimidade e não autoincriminação, acarretam certa insegurança no exercício desses e de outros direitos, uma vez que os dados pessoais encontrados são demasiadamente heterogêneos, podendo ser relativos à saúde, econômico-patrimoniais, financeiros, fiscais, culturais, familiares, comunicações telefônica e telemáticas, etc (DELGADO MARTIN, 2018, p. 134).

Entende-se, portanto, pela necessidade de aplicar, com as devidas adaptações, o disposto no art. 158-A do CPP (BRASIL, 1941), que versa acerca da cadeia de custódia. Pois, o uso da prova digital produzida no processo está condicionada à possibilidade de controle, isto é, de o magistrado ser capaz de identificar objetivamente a sua integridade e autenticidade. Portanto, embora não seja suficiente para a resolução do problema, Lemos, Cavalcante e Mota (2021, p. 18) sugerem de forma oportuna que seja realizado “o registro detalhado dos acessos, horários, e datas de quem teve acesso as referidas provas digitais vai manter a cadeia de custódia digital idônea”.

Com isso, infere-se que, na existência de dúvidas acerca da integridade da prova digital, deve o magistrado recusar a sua utilização. Logo, a prova digital apenas poderá ser utilizada no processo penal brasileiro, em regra, quando se dispuser de meios para a averiguação da sua autenticidade e integridade.

2.3 Os riscos da busca pela “verdade” (real ou processual) na aquisição das fontes de prova em ambiente digital

Após discussões seculares a respeito da finalidade precípua da produção probatória, especialmente no âmbito do processo penal, finalmente a doutrina majoritária tem rechaçado a busca pela “verdade real” como o objetivo primordial da colheita de provas. Portanto, como mencionado alhures, embora se pretenda realizar a reconstrução histórica e fática dos acontecimentos discutidos em juízo, os juristas têm propugnado apenas pela busca modesta por uma “certeza jurídica” decorrente da apreciação das provas pelo magistrado, que pode ou não condizer com a realidade dos fatos (PACELLI, 2020, p. 417), desde que produzida em

consonância com a “forma processual”.

Para Lopes Jr. (2020, p. 389), o maior inconveniente da busca pela inalcançável “verdade real” foi a criação de uma “cultura inquisitória”, de modo que quaisquer abusos ou ilegalidades na produção probatória estariam legitimados pelo propósito de encontrar a “verdade substancial”. Assim, os excessos incontidos violadores da forma processual poderiam ser justificados pela mesma lógica de que os fins alcançados justificam os meios utilizados (MACHIAVELLI, 2017, p. 31-32)¹.

As pretensões da lógica da busca pela “verdade real”, à primeira vista, podem transmitir a aparência de maior efetividade, uma vez que o poder de punir do Estado seria exercido apenas contra o indivíduo responsável por praticar a infração penal (MIRABETE, 2000, p. 44). Noutros termos, todo o aparato do poder público, incluindo as autoridades policiais e o Ministério Público, estaria voltado exclusivamente para o flagelo do autor do delito.

Todavia, a punição do agente, nos exatos limites do delito cometido, será completamente embasada em uma investigação criminal que não encontra restrições na forma como é realizada ou na iniciativa das partes (MIRABETE, 2000, p.44). Essa amplitude da investigação é capaz de atropelar impiedosamente os direitos fundamentais dos investigados e de terceiros envolvidos (ou não) no fato delituoso.

Assim, haveria, por si só, uma *contraditio in adjecta*², uma vez que partes de um mesmo argumento conflitariam. Pois, o emprego de quaisquer meios, sem qualquer moderação legal ou constitucional, para definir e posteriormente punir o autor do delito, acarretaria, além de intromissão incontida da privacidade e intimidade de pessoas alheias à investigação, tornaria enviesada a busca por provas, uma vez que ao menor indício de culpa, a procura por elementos incriminatórios seria o (incontrolável) objetivo.

Desta forma, a única “verdade” que poderia ser admitida na configuração atual do processo penal brasileiro, a partir da CRFB de 1988 (BRASIL, 1988), seria a processual, isto é, aquela produzida no âmago da estrutura dialética do processo e com observância plena das garantias do contraditório e da ampla defesa (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 121).

Essa “verdade processual”, contudo, não pode ser vista como fundante ou legitimante do processo penal, sob pena de incidir no mesmo erro da “verdade real”, devendo, outrossim, aquela ser encarada como contingencial, isto é, o convencimento do julgador ao final

1 No livro “O príncipe”, Cap. V, Maquiavel explica que os governantes precisam tomar todas as medidas necessárias para garantir a conquista de um território novo, de forma que para impedir que os súditos se rebelassem o caminho mais seguro é destruir as cidades conquistadas ou habitá-las.

² “contradição em termos” (Tradução livre).

do processo, com base nas provas produzidas, e respeitado o devido processo legal, pode ou não ser condizente com ela.

A distinção entre “verdade real” e “verdade processual” é, inclusive, ontológica. Na medida em que a primeira legitimaria o uso de quaisquer meios, independentemente de observâncias das previsões legais, para tentar “reconstruir” os fatos. O que se torna paradoxal, visto que se permite a ampla liberdade de produção de provas com o fito apenas de descobrir a realidade fática com exatidão, mas em razão da ausência de limites na busca pelas provas, essa “reconstrução” acaba por ficar maculada, podendo causar mais dúvidas sobre a integridade dos fatos.

A verdade processual, por sua vez, apenas surge no final do processo, quando o magistrado encerra a fase de produção das provas e passa a se deter na análise comparativa dos elementos que as partes produziram. Logo, infere-se que essa “verdade processual” é a “verdade” apontada pelas provas constantes do processo. Por esta razão a obediência aos comandos legais, a existência de limites à atuação das partes são essenciais para o processo penal. Assim, mesmo diante da relativa impossibilidade de reconstrução incólume dos fatos, a verdade processual propugna a suficiência de uma verdade aproximativa.

É uma certeza de cunho jurídico, baseada em provas produzidas sob o crivo do contraditório, com respeito às formalidades legais e aos direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo. No caso das provas digitais, observadas as adaptações necessárias, o respeito a esses postulados se faz mais preemente.

Para tanto, entende-se necessária a distinção entre os atos de prova e os atos de investigação, visto que apenas os primeiros são aptos a embasar por si sós uma condenação, pois são aqueles praticados dentro do processo, de modo que servem à conclusão do julgador na prolação da sentença. Enquanto os atos de investigação se destinam apenas a justificar a existência do processo, sendo produzidos na fase preliminar com o fito de subsidiar a *opinio delicti* do acusador (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 405).

Assim, são diversas as formas de conhecimento e produção de provas no processo penal brasileiro. Lima (2020, p. 659/661) distingue as fontes de prova, dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova. Nas palavras do doutrinador a “fonte de prova” consiste nas pessoas ou coisas das quais se consegue extrair a prova, são anteriores ao processo, surgem no exato momento em que o delito é cometido, e apenas ingressam no processo a partir dos meios de prova.

Estes, os meios de prova, são os instrumentos que inserem as fontes de prova no processo, e se desenvolvem no interior do processo judicial, sob o crivo do contraditório. Os

meios de obtenção da prova, por sua vez, são os procedimentos cuja finalidade é a consecução de provas materiais (LIMA, 2020, p. 659/660). Exemplificando: a testemunha (pessoa) é a fonte de prova; a prova testemunhal é o meio de prova; e as formas e métodos utilizados para encontrar a testemunha são os meios de obtenção de prova.

Greco Filho (2012, p. 114) entende que, embora a “verdade” que poderá basear a decisão judicial ao fim do processo seja sempre a “formal” (ou processual), no processo penal brasileiro o juiz tem certos poderes inquisitivos na busca pela “verdade real”, como o disposto no art. 156 do CPP (BRASIL, 1941), que permite ao juiz de ofício determinar a realização de diligências complementares caso possua dúvida. Porém, mesmo com pontuais aspectos inquisitivos, os fatos sempre deverão ser trazidos aos autos, de modo que apenas aquilo que está formalmente colacionado ao processo poderá ser objeto de fundamentação do julgador na prolação da sentença.

Com isso, diante do surgimento de novas tecnologias e, portanto, de novas possibilidades de conhecimento e produção das provas, é imprescindível que essas normas tradicionais de regramento do material probatório sejam analisadas em consonância com a natureza das inovações que atingem o direito processual penal (probatório), sem prejuízo da discussão sobre a adoção de regras e técnicas peculiares. Pois, as novas tecnologias fornecem mecanismos com um potencial demasiadamente alto, e igualmente perigoso, de obtenção de informações privadas (DANIELLE, 2011, p. 286/287).

A aquisição da (fonte de) prova digital é propícia para ocasionar inseguranças no exercício pleno dos direitos fundamentais à privacidade e intimidade em meios informáticos, visto que os sistemas eletrônicos se caracterizam como um manancial das mais variadas informações privadas relativas à vida das pessoas que deles se utilizam, independentemente de serem relevantes a eventual processo penal. Essa característica de promiscuidade abre espaço para o desvio causal da investigação criminal.

Com isso, a busca pela (fonte de) prova digital requer um tratamento mais específico do que aquele destinado às (fontes de) provas colhidas em objetos físicos. Pois, os direitos fundamentais e as garantias processuais penais estão mais propensos a serem violados através da investigação criminal no ambiente informático. Dentre os limites imprescindíveis à investigação digital está a determinação do exato local “onde” procurar as fontes de prova.

Conforme preconiza Kerr (2015, p. 11), embora com conclusões diversas das adotadas na presente pesquisa, a investigação em ambiente digital muito se assemelha à procura por uma agulha em um enorme palheiro, em razão da grande capacidade de armazenamento que possuem os dispositivos informáticos, o que garante certa facilidade na ocultação de

informações.

Noutras palavras, a autoridade responsável pela investigação, ao acessar determinado dispositivo informático, se depara com uma gigantesca fonte de informações pessoais voluntariamente dispostas pelo investigado, podendo ter ou não relação com o delito objeto da investigação.

A busca por informações contidas em dispositivos informáticos particulares do indivíduo investigado se torna atrativa por conta da maior gama de possibilidades com as quais o investigador se depara. Informações que podem servir para tanto o crime objeto de investigação, quanto outros delitos, porém, com o preço de realizar uma investigação ampla, em desconformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, sujeitando os direitos fundamentais individuais a uma ação estatal não legitimada pelos postulados processuais penais constitucionais.

Portanto, em razão da maior facilidade na obtenção de fontes de provas “fidedignas” de modo aparentemente irrestrito, é essencial que, na prática, a investigação criminal se afaste completamente do que Lopes Jr. (2020, p. 394) define como “ambição da verdade”, uma vez que esta acaba destruindo o contraditório e, conseqüentemente, o processo penal nos moldes definidos na CFRB/88. Assim, o objetivo dos “atores” processuais deve ser construir uma “verdade” processual ou formal convincente, de modo que a “verdade real ou da natureza” seja meramente ocasional, isto é, que não seja o objetivo primordial, mas apenas uma eventual consequência, cuja aferição de certeza é humanamente inviável.

3 OS LIMITES NA COLHEITA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

O segundo momento da fundamentação teórica da presente pesquisa é destinado à explanação dos limites constitucionais e legais existentes no que se refere à produção de provas no processo penal brasileiro.

Inicialmente, destaca-se a colheita das provas em desconformidade com a previsão na lei ou na Constituição Federal de 1988 como o primeiro óbice imposto à utilização dos elementos probatórios no processo penal. A inadmissibilidade das provas ilícitas será tratada como gênero de uma série de vedações legais impostas na produção de provas, de modo que seja enfatizada a finalidade do disposto no art. 5º, LVI, da CFRB.

Após isso, será realizada uma análise conceitual do princípio da serendipidade, bem como da forma como é aplicado ao encontro fortuito de provas, especialmente no processo penal brasileiro, explicitando as ocasiões em que os elementos probatórios deverão necessariamente ser considerados como ilícitos. Ademais, serão expostos os entendimentos jurisprudenciais predominantes acerca do tema.

Por fim, o conceito de *Fishing Expedition* será esmiuçado, de modo que seja dado enfoque à perspectiva da colheita de provas em ambiente digital. Desta forma, buscar-se-á entender os parâmetros doutrinários para a identificação da situação de ilegalidade caracterizada pela pescaria probatória, numa tentativa de exercer o controle sob a produção de provas, especialmente quanto ao encontro fortuito destas.

A discussão se torna relevante pelo fato de que a prática de *fishing expedition* ou pescaria probatória, notadamente ilegal no processo penal brasileiro, pode ser facilmente utilizada para ocultar a colheita de provas ilícitas, simulando o “encontro fortuito” de provas para possibilitar a aplicação da serendipidade, se tornando muito mais propensa a acontecer quando essa “colheita” se dá em ambiente digital, em razão da infinidade de informações concentradas num mesmo lugar.

3.1 A inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro

A produção de provas no direito processual brasileiro é um direito das partes envolvidas na relação jurídica, de modo que, como qualquer outro, se sujeita a restrições constitucionais e legais. Inclusive no âmbito processual penal, o polo acusatório possui, além do ônus de provar os fatos alegados, o direito de produzir as provas respectivas utilizando-se dos meios admitidos legalmente, sempre em consonância com a forma prevista nos diplomas

normativos pátrios.

Para a defesa, conforme expõe Pacelli (2020, p. 442), também existe o direito à produção de provas no processo penal, em decorrência do princípio da ampla defesa, de modo que se estende por todas as fases processuais, desde a obtenção da prova até a sua valoração pelo magistrado na fase decisória, sem que isso crie embaraços para que o juiz decida sobre a pertinência ou não da prova (a ser) colhida.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) não dispõe expressamente acerca de um momento específico e único para que os elementos de provas sejam produzidos, podendo ser feito inclusive na segunda instância, com a ressalva de que os direitos ao contraditório – ciência e possibilidade de manifestação sobre os atos praticados no processo - e à ampla defesa – meios garantidos legalmente para a produção de provas - sejam respeitados.

Todavia, a colheita de provas está sujeita a conflitos com diversos direitos fundamentais, tais como aqueles aos quais fazem menção Mendes (2017, p. 494): “à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CRFB, art. 5º, XIII e XIV, *in fine*), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e à proteção judicial efetiva”, etc.

Observa-se que o legislador penal e o constituinte de 1988 não concede(ra)m uma permissão deliberada e incondicional para que fatos alegados no processo venham a ser objetos de provas, de modo que são estabelecidos certos limites para impedir que os fins alcançados estejam aptos a justificar quaisquer que tenham sido os meios utilizados.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 5º, LVI, bem como o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), em seu art. 157, *caput*, preconizam expressamente que as provas obtidas ilicitamente são consideradas inadmissíveis, isto é, se submetem à consequência de não poderem ser utilizadas em qualquer processo, administrativo ou judicial, independentemente da matéria discutida, seja cível, eleitoral, consumerista, penal ou processual penal, e etc.

Na concepção de Lima (2020, p. 684), a razão para a vedação da utilização das provas ilícitas no direito processual brasileiro é o fato de que vivemos formalmente num Estado Democrático de Direito, de modo que a “verdade” não deve ser buscada a qualquer preço, isso vale tanto para a ambiciosa verdade real, quanto para a aceitável verdade processual.

Esse pensamento, analisado especificamente sob a lente do processo penal brasileiro, aponta uma plausibilidade inconsteste, na medida em que o principal responsável

pela produção probatória, isto é, o Estado, possui meios, quadro de pessoal e recursos grotescamente desproporcionais quando comparados com o que dispõe aquele que está sendo investigado ou que já se constitui como réu num processo criminal.

A apuração da realidade fática, ou melhor, a tentativa de aproximação ou verosimilhança do julgamento com os fatos historicamente dispostos não pode prescindir da observância aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo estatal, que possuiria uma força incontrolável, e paradoxalmente, fugiria da sua finalidade na colheita de provas.

Por essa razão, a vedação às provas ilícitas funciona como “uma forma de controle de regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais” (LIMA, 2020, p. 685). Essa é, portanto, uma maneira de alertar o responsável pela produção probatória de que não vale tudo para tentar alcançar a suposta verdade, devendo a “forma” ser respeitada.

É como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: – não sucumbais ao canto da sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios! Por exemplo, se invadistes o domicílio do suspeito sem a devida autorização judicial e nesse local encontrastes a arma do crime, então é como se tivésseis destruído essa prova material (MENDES, 2014, p. 182/183 *apud* LIMA, 2020, p. 685).

García (2005, p. 187/211) defende fervorosamente a noção de “processo judicial criminal’ como sendo uma garantia do indivíduo que está sendo processado, de modo que o denominado “*jus puniendi*” é limitado pelo dever de respeito aos interesses públicos presentes no processo. Esse raciocínio é fundado no “risco de o Estado exceder seus poderes como único titular do direito/dever de processar o crime”³.

Por essa razão o “ônus” probatório atribuído ao Estado no processo penal não pode ser ilimitado, mesmo que a justificativa seja a da defesa de interesses públicos dos mais diversos. Uma vez que a “verdade” não pode ser buscada a qualquer preço (GARCÍA, 2005, p. 187/211), sob pena de suscetibilizar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos ao impiedoso aparelho estatal de persecução penal.

Numa concepção clássica, sustentada precipuamente por Avena (2017, p. 327), as provas ilícitas são entendidas como aquelas que acarretam violação de normas que possuam um “conteúdo material”, ou seja, o desrespeito às disposições legais que asseguram direitos, sendo imprescindível que da inobservância desses preceitos resulte ofensa aos postulados

³ “[...] riesgo de extralimitación del Estado en el ejercicio de sus atribuciones como titular único del derecho/deber de perseguir el delito”. (Tradução livre).

constitucionais, tais como princípios, direitos e garantias.

Noutro sentido, a concepção majoritária de “provas ilícitas” amplia o conceito da visão “clássica”, aduzindo que, além da violação das normas constitucionais, também seria inadmissível em razão da ilicitude as provas cuja colheita infringisse qualquer lei infraconstitucional (tanto em sentido material quanto processual), nos termos dispostos pelo art. 157, *caput*, do CPP (BRASIL, 1941).

Assim, a perspectiva clássica apresenta o equívoco (muito comum na prática processual penal) de relativar a “forma”, isto é, propugna que, embora possa haver um desrespeito às disposições legais acerca da colheita de provas, essa violação precisa atingir direta ou indiretamente os preceitos constitucionais. Ora, paradoxalmente, o procedimento estipulado pelo legislador infraconstitucional para a produção probatória não estaria legitimado apenas por concretizar com minúcia e segurança os postulados da Constituição Federal?

A persecução é detalhadamente regrada pela legislação infraconstitucional já com o objetivo de efetivar o disposto na Constituição. Desta forma, a inobservância de normas infraconstitucionais, mesmo que aparentemente insignificantes da forma como exemplificada por Avena (2017, p.328), já caracterizaria, por si só, uma violação indireta aos preceitos constitucionais.

O enfoque restrito da concepção clássica acerca das provas ilícitas não possui mais espaço no processo penal brasileiro, de modo que o entendimento mais condizente com o nosso Estado Democrático de Direito é aquele que caracteriza como ilícita a porva colhida tanto em desrespeito à CF/88 quanto à legislação infraconstitucional. Prevalece, portanto, o respeito à forma que, nas palavras de Lopes Júnior (2020, p.671) “é garantia”.

Pensamos que a premissa inicial é: no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1477).

Conforme aduz Marcão (2016, p. 470), é possível falar em ilicitude material e ilicitude formal. Na primeira hipótese, a prova colhida é proibida, é vedada, como por exemplo a toutura para a obtenção da confissão. Na ilicitude formal o que se observa é o desrespeito ao regramento legal, a inobservância da forma como por exemplo a inversão da ordem de oitiva das testemunhas na audiência de instrução.

Didaticamente, entende-se que as “provas ilícitas” compõem o gênero que se divide em duas espécies, quais sejam, a prova ilegal quando há violação de normas de direito material, e as provas reputadas ilegítimas, configuradas quando há violação de normas processuais penais (NUCCI, 2015, p. 68).

Diferentemente do propugnado por Noberto Avena, Nucci (2015, p. 68) afirma categoricamente não existir um meio-termo, isto é, não há que se falar em prova mais ou menos ilícita, isto é, ou a prova é lícita, ou é ilícita, de modo que as consequências da ilicitude de uma provas valem tanto para as que violem preceitos penais quanto processuais.

Assim, ante a descomunal suscetibilidade dos direitos fundamentais, tendo em vista a natural atratividade pela busca da malfadada “verdade real”, o legislador processual penal, buscando efetivamente frear ou impedir os “impulsos violadores” do Estado (GUSMÃO, 2021, p.19), estabeleceu como consequência para a prova ilícita o seu desentranhamento dos autos, bem como o de todos os elementos probatórios que dela decorrerem direta ou indiretamente.

O art. 157, *caput*, do CPP (BRASIL, 1941) estabelece expressamente essa exigência de desentranhamento dos autos da prova ilícita e das suas derivadas, com a sua consequente inutilização (§3º, do mesmo dispositivo legal). Logo, considerada ilícita a prova, em regra, não poderá ser utilizada no processo, sob pena de macular todos os atos posteriormente praticados que dela decorram.

Sintetizando o referido entendimento, o STF, no RHC nº 90.376/RJ (BRASIL, 2007), estabeleceu que “ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação”, estabelecendo que qualquer novo dado probatório não pode apoiar-se de qualquer forma em prova comprometida pela ilicitude originária.

Todavia, com a entrada em vigor da Lei 11.690/2008, o §1º do art. 157, do CPB (BRASIL, 1940) passou a prever expressamente exceções às provas derivadas das ilícitas (teoria dos frutos da árvore envenenada), quais sejam, 1) quando não estiver evidenciado o nexo de causalidade entre a prova originalmente ilícita e a que dela supostamente derivou; ou 2) quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira (LIMA, 2020, p. 692).

Dentre as exceções à ilicitude probatória, muito se tem utilizado a teoria do encontro fortuito ou princípio da serendipidade para legitimar as provas relativas a determinada infração penal que é obtida/colhida a partir das diligências regularmente autorizadas para a investigação de outro crime (LIMA, 2020, p. 699).

Nota-se a indispensabilidade de que haja cautela na produção das provas no processo penal, uma vez que a regra é que a produção realizada com inobservância da matéria ou da forma, constitucional ou legal, acarreta o imediato desentranhamento desse elemento probatório dos autos e conseqüentemente o inutiliza. Assim, as exceções à ilicitude devem ser interpretadas restritamente, sob pena de desvirtuar a função limitadora de abusos que a

constitucionalização da inadmissibilidade das provas ilícitas possui.

3.2 O fenômeno da serendipidade aplicado ao encontro fortuito de provas na investigação criminal

Os meios mais invasivos utilizados para a obtenção de elementos probatórios aptos a subsidiar o processo penal exigem, como condição para a sua licitude, não apenas a prévia intervenção judicial, mas a explicitação concreta pelo Poder Judiciário acerca dos motivos autorizadores e dos limites da autorização para o manejo de tais meios pela investigação criminal. Isso porque invariavelmente serão flexibilizados diversos direitos fundamentais das pessoas sobre as quais recaem a investigação.

Dentre esses meios, podem ser utilizados como exemplos: a interceptação das comunicações telefônicas – caracterizada como meio de obtenção de provas – em que o art. 5º, XII, da CFRB/88 (BRASIL, 1988) e o art. 1º, caput, c/c art. 5º da Lei nº 9.296/96 (BRASIL, 1996) prelecionam a exigência de que haja uma ordem judicial fundamentada; bem como a busca e apreensão domiciliar – a busca como meio de obtenção de provas, e a apreensão como medida cautelar probatória (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 555) - que apenas pode ser determinada pelo juiz constitucionalmente competente, nos termos do art. 5º, XI e LIII, da CFRB (BRASIL, 1988).

Todavia, na prática, existe a possibilidade de que os resultados da investigação criminal “fujam dos trilhos”, isto é, há chances de que a investigação chegue a conclusões não previstas pela autorização judicial prévia e fundamentada. Observe-se que aquilo que “foge dos trilhos” são os resultados, ou seja, os elementos probatórios encontrados, haja vista que se o caminho da investigação for desvirtuado, de modo que o mandado ou autorização emanada do Judiciário seja desrespeitada, ter-se-á uma ilicitude de todo o procedimento investigativo, bem como de todos os elementos que dele decorrerem.

Assim, denomina-se “encontro fortuito ou causal de provas” (LIMA, 2020, p. 699) a ação da autoridade que, responsável pela investigação, observando estritamente os limites do mandado judicial autorizador, encontra elementos probatórios distintos daqueles que estavam sendo procurados, bem como relativos a fatos ou pessoas alheias ao objeto de investigação, que não estavam na linha de desdobramento normal desta.

O encontro fortuito se configura quando, por exemplo, durante uma interceptação telefônica autorizada para a apuração do delito de tráfico de drogas, descobre-se a ocorrência de um delito de homicídio. Ainda, quando, no decorrer de uma diligência de busca e apreensão, surge a necessidade ou possibilidade de apreender objeto diverso daquele procurado, mas relevante para a prova do crime apurado ou de outro

delito.

A questão que se põe é se as provas assim obtidas são lícitas e podem ser admitidas no processo. É de se adiantar que tanto doutrina quanto jurisprudência caminham no sentido da admissibilidade das provas obtidas fortuitamente no processo penal. (ZIMIANI, 2020, p. 08).

Portanto, como condição essencial para a licitude da prova encontra fortuitamente, estabelece-se como primeiro limite a estrita observância dos limites impostos pela autorização judicial que permitiu a flexibilização de determinado direito fundamental, uma vez que o respectivo ato emanado do Poder Judiciário se configura como “plenamente vinculado e limitado”, nos termos que expõe Lopes Júnior (2020, p. 619). Daí a necessidade de que o mandado judicial observe o princípio da especialidade.

Nesse sentido, Pacelli (2021, p. 470) aponta que a teoria do encontro fortuito de provas tem como ponto decisivo o desenvolvimento de uma das funções do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, qual seja, o exercício do controle e da limitação da atividade policial voltada à persecução penal. Logo, antes do aproveitamento indiscriminado das provas encontradas fortuitamente, a primeira pergunta a ser feita pelo juízo é: “o procedimento investigativo extrapolou os limites impostos judicialmente?”.

Entende-se, portanto, que a decisão judicial que autoriza por exemplo a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a quebra do sigilo bancário ou fiscal é, ao mesmo tempo, vinculada, porque deve observância ao pedido (feito pela acusação ou pela autoridade policial) em decorrência da divisão de funções própria do sistema acusatório, e vinculante, na medida em que está restrita à apuração do delito que ensejou a prolação da decisão judicial (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 620).

Superado o primeiro entrave, supondo a inexistência de abusos ou ilegalidades no cumprimento da medida judicial específica e vinculante, a doutrina e jurisprudência pátrias têm buscado estabelecer outros limites ao uso das provas encontradas com desvio causal, não apenas quanto à (i)licitude dessas, mas também no concernente à sua natureza jurídica no processo penal.

Surge, com isso, o denominado “princípio da serendipidade”, tendo a sua origem a partir da história conhecida como “Os três príncipes de Serendip”. Shafan (2010) resume o referido conto aduzindo que se trata de uma ordem recebida pelos três filhos do rei de um país chamado Serendip para que fosse realizar uma viagem distante do reino. No caminho, apenas através de pistas descobriram um camelo coxo e cego que carregava uma mulher grávida, sem nunca tê-los visto. Assim, comprovado que não haviam roubado o camelo, ficando evidente a inteligência dos três príncipes, o Imperador Bahram nomeou-os como conselheiros do império.

A influência desse conto, baseado na vida do Imperador Persa Bahram V, que

governou o Império da Sassânida (420-440), foi demasiadamente surpreendente ao ponto de que a palavra “Serendipity” em inglês, traduzida para os neologismos em português “Serendipidade” ou “Serendipismo”, passou a significar as descobertas feitas, pelo menos aparentemente, por acaso (SHAFAN, 2020).

A expressão “Serendipidade”, adaptada para o mundo jurídico, passou a significar a descoberta de provas por acaso, fortuitamente, quando não se pretendia encontrá-las, podendo se tratar tanto de elementos relativos a um novo crime quanto a novos agentes envolvidos em delitos (SIQUEIRA, 2016, p. 21). Destaca-se, portanto, a relevância das provas encontradas por acaso, de modo que não poderiam ser simplesmente ignoradas pela investigação criminal.

Capez (2021) preleciona que a doutrina se divide em duas correntes para legitimar a prova encontrada fortuitamente. São elas, a serendipidade de 1º (primeiro) grau em que se exige a existência de conexão entre o elemento probatório encontrado e o crime originalmente investigado; e a serendipidade de 2º (segundo) grau, na qual independentemente de existir conexão com o fato investigado a prova encontrada fortuitamente será válida.

O Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça têm propugnado por uma adoção ampla do princípio da serendipidade, não limitando a sua aplicação aos casos em que as provas encontradas possuam conexão com o delito originalmente investigado, do qual decorreu a autorização judicial para a investigação. Assim, predominantemente utilizado nos mandados de busca e apreensão e nas interceptações telefônicas, se tem analisado apenas se houve ou não desvio de finalidade na realização da diligência.

No HC 129678 de 13 de junho de 2017 (BRASIL, 2017), que tratava da análise da justa causa de denúncia relativa ao delito de homicídio oferecida com base em elementos probatórios colhidos em interceptação telefônica para apurar o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o STF decidiu, por maioria de votos, que é válida a prova obtida por meio de interceptação telefônica que aponte a existência de um “crime achado”, mesmo quando não houver relação com o crime objeto de investigação, desde que haja observância dos requisitos constitucionais e legais previstos para a utilização desse meio de obtenção de provas.

O STJ, no âmbito do HC 187189 / SP (BRASIL, 2013), entendeu, por unanimidade, pela legalidade das provas encontradas fortuitamente relativas aos crimes de lavagem de dinheiro e formação de quadrilha (hoje “associação criminosa”, nos termos do art. 288 do CPB), quando a investigação tinha por objeto inicial os delitos de contrabando e descaminho.

Todavia, a conexão entre o elemento encontrado fortuitamente e o delito objeto de investigação não seria completamente ignorada na aplicação do princípio da serendipidade, sendo na verdade fundamental para definir a natureza jurídica do referido elemento probatório,

isto é, se é prova, meio de prova ou fonte de prova. Nesse sentido, Avena (2017, p. 349/350) aduz que

é preciso atentar, diante da serendipidade, se os elementos casualmente descobertos guardam ou não relação de conexidade em relação ao delito para a qual autorizada a violação do sigilo telefônico. Caso haja esta relação, não haverá qualquer irregularidade na sua utilização como meios de prova. Agora, se não houver tal vinculação, vale dizer, se os novos dados apresentarem absoluta autonomia e independência da apuração em andamento, neste caso poderão eles ser utilizados apenas como *notitia criminis*, autorizando o desencadeamento da competente investigação para a respectiva elucidação e, até mesmo, facultando o deferimento de outras interceptações em relação às pessoas ou aos crimes fortuitamente descobertos.

Portanto, sem adentrar na problemática do significado de “conexão probatória”, a doutrina aponta que as provas encontradas fortuitamente que não possuam conexão com o delito investigado devem servir como *starter* para nova investigação, isto é, a sua natureza jurídica será de “fonte de prova” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 623), em outras palavras, será apenas um elemento indiciário que poderá subsidiar o início de uma nova investigação. No HC 187.189 (BRASIL, 2013), o Ministro do STJ, Og. Fernandes, aduziu ser legítima a utilização de informações obtidas por meio de interceptação telefônica ainda que não tivesse relação com o fato investigado, desde que se obtivesse o conhecimento fortuito de outro delito.

Desta forma, não há como considerar como ilícita a prova casualmente encontrada e ainda sim aceitá-la como “fonte de prova” para uma nova investigação, visto que não se pode construir um processo criminal tendo como base um elemento probatório ilícito, uma vez que a contaminação desse se propagaria e macularia todos os atos posteriormente praticados, dando origem ao que Lopes Júnior (2020, p. 623) denomina de “paradoxo insuperável”.

A aplicação do princípio da serendipidade, como visto, depende inicialmente da legalidade da investigação, isto é, antes de se apreciar qualquer regra relativa ao elemento probatório encontrado fortuitamente, é mister que o meio de obtenção de provas utilizado na busca por esses elementos esteja em conformidade com os requisitos previsto em lei, bem como que devam estrita observância aos limites impostos pelo mandado judicial autorizador da medida em questão.

Assim, inexistindo vícios de ilegalidade na base do procedimento investigativo, é preciso que se analise a conexão existente entre o elemento probatório encontrado e o crime investigado para definir se a natureza jurídica daquele será de “prova” ou de “fonte de prova”. Para a verificação da conexão, por falta de critério próprio previsto em lei, devem ser utilizadas as regras de conexão probatória previstas no art. 76 e seguintes do CPP (BRASIL, 1940).

Enfrentada a questão da aplicabilidade do princípio da serendipidade, surge a problemática do compartilhamento do elemento probatório fortuitamente encontrado com

outras investigações ou processos em curso. Essa prática acentua a flexibilização dos direitos fundamentais envolvidos na investigação criminal, haja vista que as provas encontradas com a finalidade de subsidiar apenas investigações específicas acabam sendo (coincidentalmente ou não) utilizadas para fundamentar diversos outros procedimentos investigatórios.

Lopes Júnior (2020, p. 624) faz menção à “banalização” desse compartilhamento, aduzindo que os critérios utilizados para efetuar o compartilhamento são ínfimos, uma vez que se tem exigido apenas a “autorização judicial” da medida. Isso porque o princípio da especialidade, ou da vinculação causal, tem seu sentido enfraquecido, uma vez que todo o material probatório colhido em um processo, por exemplo, de “tráfico” poderia ser plenamente utilizado para embasar a instauração de um outro processo (por exemplo, relacionado à “sonegação fiscal” ou contra terceiros).

Ante o exposto, deve-se destacar que, em razão do envolvimento de (grave) flexibilização de direitos e garantias fundamentais, o mandado judicial (específico e especializado), que autoriza a busca ou a interceptação telefônica, por exemplo, deve ser sempre interpretado restritivamente, de modo que a dúvida da autoridade policial quanto à extensão da autorização deve ser interpretada em prol do investigado, isto é, na dúvida, deve se abster para evitar os excessos.

3.3 A (i)legalidade do *fishing expedition* na colheita de provas

A procura por elementos probatórios na investigação criminal, especialmente quando são utilizados os meios de obtenção de provas mais invasivos à vida privada dos investigados, tais como a busca, a apreensão e a interceptação telefônica, tem se tornado cada dia mais atrativa para a autoridade policial, na medida em que a maior concentração de informações pessoais em determinados espaços acaba por ampliar o “leque” dos investigadores, de modo que o delito objeto da investigação deixa de ser o único foco.

Essa procura indiscriminada, esse “o que vier é lucro”, disfarçado de investigação conforme a lei, demonstra uma desconformidade da base do processo penal com a Constituição Federal de 1988, uma vez que não apenas os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, mas o próprio *nemo tenetur se detegere* – direito a não produzir prova contra si mesmo, previsto no art. 5º, LXIII, da CFRB (BRASIL, 1988) –, a presunção de inocência e o sistema acusatório no geral sofrem indevidas flexibilizações com essa busca deliberada, sem causa provável, por elementos probatórios.

Nos Estados Unidos da América, o início de uma investigação criminal, requerida

pela promotoria ou pela autoridade policial ao juiz ou juíza, requer a demonstração de uma “causa provável” (SILVA, SILVA E ROSA, 2019, p. 39), isto é, são necessários indícios suficientes para embasar a medida pretendida. A “causa provável” é entendida como a probabilidade concreta de que aquele delito tenha sido cometido, bem como de que as provas podem ser encontradas no lugar específico indicado pela autoridade responsável pela investigação.

Ainda a respeito do requerimento para as referidas diligências (invasivas), a Suprema Corte estadunidense, no julgamento *United States v. Nixon* (1974, p. 699-700), definiu parâmetros para o deferimento da medida a ser utilizada na investigação, aduzindo que a parte deve mostrar, dentre outras questões, que: “[...] 4) that the application is made in good faith and is not intended as a general ‘fishing expedition’.”⁴.

Em outras palavras, infere-se da decisão aludida que uma investigação criminal não deve se assemelhar a uma expedição de pesca geral, de modo que logo no requerimento da medida ao juiz sejam apresentadas as evidências mínimas (causa provável) para que os direitos e garantias fundamentais do investigado sejam flexibilizados, já sabendo o requerente apontar onde as pretendidas provas devem ser buscadas, de modo a evitar uma procura genérica.

Vale destacar que não apenas o requerimento formulado pela promotoria ou autoridade policial, mas o próprio mandado judicial responsável pelo deferimento da medida deve se ater à existência da “causa provável” antes de permitir a flexibilização dos direitos fundamentais do investigado, sempre detalhando o procedimento a ser adotado e definindo precisamente os limites da autorização.

Desta forma, Melo e Silva (2017) aduz que o deferimento da diligência pelo juiz “deve ser certo e determinado, indicando o mais precisamente possível o objeto, o motivo e os fins da medida”. Caso contrário, estaremos diante de uma verdadeira “aventura procedimental”, na qual se flexibiliza direitos fundamentais na esperança infundada de encontrar algum elemento probatório relevante aleatório.

Silva, Silva e Rosa (2019, p. 41) definem a expressão *fishing expedition*, adaptada como “pescaria probatória” no direito processual brasileiro, como a apropriação das formas previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional com o intuito de, sem que haja uma causa provável, “pescar” qualquer elemento probatório, independentemente de possuir ou não qualquer relação com o delito objeto da investigação.

É uma procura meramente especulativa por elementos probatórios que possam

⁴ “4) Essa solicitação é feita de boa-fé e não se destina como uma ‘expedição de pesca’ geral”. (Tradução livre).

incriminar determinado (ou indeterminado) sujeito, sem um objetivo certo ou declarado, sendo geralmente dissimulada numa investigação qualquer que possua elementos factuais frágeis. Essa técnica ilegal é marcada pela amplitude e generalidade da diligências ou da autorização judicial para a investigação, com limites facilmente superáveis, de modo que a busca e apreensão e a interceptação telefônica são meios de obtenção de prova com grande incidência dessa prática.

Com isso, muito semelhante à interceptação telefônica por prospecção mencionada por Melo e Silva (2017), na qual há o deferimento da medida sem que haja indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas, numa tentativa de encontrar algum elemento que sirva para incriminar o(s) investigado(s), infere-se que a investigação iniciada sem haja causa provável configura a prática da malfada *fishing expedition*.

Assim, na linha do decidido pelo STJ no AgRg em Resp 1154376 (BRASIL, 2013), não se pode admitir que os meios de obtenção de prova que flexibilizam a intimidade, privacidade, a não autoincriminação, etc. sejam utilizados para sondar a vida do investigado, com o fito de descobrir se, eventualmente, este se envolveu em algum (ou outro) delito⁵. Em outras palavras, não servem para buscar indícios de envolvimento do investigado em crimes, visto que devem estar demonstrados previamente à autorização judicial que defere o uso da medida.

Nesse sentido, tanto a ausência de especificidade do mandado judicial que autoriza a medida (ex: busca e apreensão ou interceptação telefônica), quanto a inobservância da vinculação causal, quando a autoridade policial excede os limites da autorização judicial, indicam a ocorrência da prática de pescaria probatória (SILVA, SILVA E ROSA, 2019, p. 60), o que torna passível de contaminação os elementos probatórios colhidos, bem como o que deles decorrerem.

Embora os conceitos de *fishing expedition* e encontro fortuito de provas sejam analisados, basicamente, como dois lados opostos de uma mesma moeda, um estudo atento identifica uma certa proximidade entre as duas práticas. A aplicação do princípio da serendipidade às provas casualmente colhidas depende de um mandado judicial específico e de uma investigação que observe estritamente os limites nele fixados. Logo, é preciso que o processo penal se acautele quanto às tentativas de utilização da pescaria probatória como forma de dissimular um posterior encontro fortuito de provas.

De acordo com Silva, Silva e Rosa (2019, p. 49), o primeiro passo da *fishing*

⁵ “[...] 5. Não existe interceptação apenas para sondar, para pesquisar se há indícios de que a pessoa praticou o crime, para descobrir se um indivíduo está envolvido em algum delito. [...]”.

expedition é mascarar a ilegalidade do procedimento utilizado, isto é, utilizar os mecanismos legais e constitucionais à disposição para impedir que a investigação desprovida de causa provável possa ocorrer. Situação semelhante ocorreu com os denominados “mandados coletivos” – que são uma realidade no processo penal brasileiro (OLIVEIRA, 2020, p. 193) - utilizados durante a intervenção federal no Rio de Janeiro em 2018, usado para dissimular a ausência de especificidade dos mandados de busca e apreensão, em desconformidade com o art. 243 do CPP (BRASIL, 1941).

O segundo passo seria a tentativa de legitimar o ato, permitindo que os elementos encontrados pudessem ser utilizados no processo (ou em outros processos). Os pescadores se unem para mostrar todos os “peixes” pescados para a plateia, então registram fotografias e assumem o *status* de “heróis”.

Para impressionar e tentar justificar o ato abusivo ocorrido com o *fishing expedition*, os investigadores exibem para o público (o processo que fique por último) as “provas” que foram obtidas. E, antes que a defesa tenha vista dos autos, os “peixes” já foram expostos nos jornais ou redes sociais. Com isso, pretendem manipular a mentalidade do julgador para, através de uma prova ilícita, tentar fazê-lo agir em nome do povo e alcançarem a condenação, sob um argumento de justiça moral da decisão. Com as vênias de estilo, entendemos que se trata de “*um traço patológico, onde os fanáticos pela vitória se apresentam ao processo como jogadores viciados pela satisfação pessoal. Assim, por entenderem que estão imbuídos de uma missão divina, porque acreditam estar lutando no time do bem contra o mal, vira uma guerra onde tudo vale*”. (SILVA, SILVA E ROSA, 2019, p. 50).

Deve o Judiciário, em função da sua característica constitucionalmente contramajoritária, evitar tanto que o processo ou a investigação, quanto que o acusado ou investigado, fiquem à mercê das garras do clamor popular, cujos estereótipos são intensificados massivamente pela mídia. O processo penal constitucional, adotado no nosso Estado Democrático de Direito, não pode ser análogo a um espetáculo teatral, cujo principal objetivo é agradar a plateia independentemente de qual seja o desfecho para os personagens envolvidos.

Assim, o primeiro passo seria convencer o magistrado que existe uma “causa provável” para inciar um determinada investigação, conseguindo uma autorização judicial menos específica possível, e, assim, ficar livre para que, caso a autoridade responsável pela investigação se depare com elementos probatórios alheios ao objeto de investigação, se possa fazer um uso deturpado do princípio da serendipidade, simulando uma prova encontrada fortuitamente, o que seria o segundo passo mencionado por Silva, Silva e Rosa (2019, p. 50).

Esse problema se intensifica quando o ambiente informático, especialmente através de dispositivos informáticos particulares, passa a ser o meio mais atrativo na procura por informações sobre determinado sujeito. As características das provas digitais, bem como a ausência de previsão constitucional e regulação infraconstitucional específicas, dificultam o

combate a práticas ilegais e facilmente dissimuláveis como a *fishing expedition*.

Todavia, meios de obtenção de provas como o acesso aos aplicativos de Whatsapp, Telegram, Facebook, etc. não deixaram de ser utilizados na prática processual penal, o que reclama de forma urgente a realização de discussões acerca da aplicação de institutos próprios de outros meios constitucionais e já regulados legislativamente, tais como a busca e apreensão e a interceptação das comunicações telefônicas.

Aduzem Vaciago e Ramalho (2013, p. 17) que “when the time comes to deal with the complex compromise between the needs of criminal investigation and the protection of fundamental rights, the solution is one that adequately promotes the reconciliation between these conflicting interests”⁶. Com as devidas adequações, infere-se que a inexistência de previsão legislativa acerca das provas digitais, por exemplo, não pode impedir o combate à utilização da técnica ilegal de pescaria probatória ou *fishing expedition*.

Desta forma, os mandados judiciais que autorizam as medidas invasivas de investigação, tais como a busca e apreensão, a interceptação telefônica e a quebra do sigilo de dados podem ser meios de dissimulação da prática de *fishing expedition* (ou pescaria probatória) durante a colheita de provas, uma vez que a menor sombra de genericidade da autorização pode ensejar na busca incontida por elementos probatórios, favorecendo a violação de direitos fundamentais como privacidade, intimidade, presunção de inocência e, na conjuntura atual de maior virtualização das informações pessoais, o direito à não autoincriminação.

⁶ “[...] quando chegar o momento de lidar com o complexo compromisso entre as necessidades da investigação criminal e a proteção dos direitos fundamentais, a solução seja uma que promova adequadamente a conciliação entre esses interesses conflituosos” (Tradução livre).

4 A APLICAÇÃO DA SERENDIPIDADE EM AMBIENTE DIGITAL: UMA ANÁLISE DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL GENÉRICA PARA ACESSO AO DISPOSITIVO INFORMÁTICO DO INVESTIGADO CRIMINALMENTE

Em razão das problemáticas que circundam a utilização das provas digitais no processo penal brasileiro, especialmente considerando a ausência de legislação específica, far-se-á uma análise do fenômeno da serendipidade aplicado à colheita de provas em ambiente digital, tais como aquelas obtidas a partir de mensagens privadas de aplicativos como WhatsApp, Telegram, dentre outros.

De forma incipiente, será apresentado o direito fundamental à não autoincriminação (art. 5º, inciso LXIII, da CRFB) a partir de uma perspectiva peculiar, na qual o seu titular tem expostas informações capazes de incriminá-lo, voluntariamente postas em seu dispositivo informático particular, como por exemplo, por meio de mensagens em aplicativos como WhatsApp, Telegram, Facebook, etc.

Em seguida, nos dois últimos tópicos, serão analisados os institutos do mandado de busca e da interceptação telefônica e telemática, numa tentativa de buscar as disposições passíveis de serem aplicadas à colheita de provas a partir do acesso ao dispositivo informático do investigado criminalmente na forma aqui proposta, uma vez que a ausência de previsão legislativa específica para essa medida não tem sido óbice, na prática, para impedir a sua utilização na investigação criminal.

Com isso, far-se-á um estudo dos mandados judiciais que autorizam o acesso a dispositivos informáticos, especialmente *smartphones* e computadores, visando definir balizas para que esse meio de obtenção de provas possa ser utilizado de forma minimamente prejudicial ao investigado, fazendo-se, por exemplo, uma breve digressão acerca dos mandados judiciais genéricos e sua relação com o uso da *fishing expedition* ou pescaria probatória.

Assim, no último tópico, será realizada uma análise jurisprudencial visando entender o posicionamento majoritário dos tribunais com relação ao acesso aos dispositivos informáticos dos investigados, bem como as formas como esse “meio de obtenção de provas” poderá ser utilizado na prática forense criminal para, a partir disso, definir a possibilidade e a forma de uso do princípio da serendipidade no ambiente digital.

4.1 O direito à não autoincriminação analisado a partir do conteúdo posto voluntariamente nos dispositivos informáticos.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXIII, bem como o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8º, 2, “g” (1969), prevêm o direito fundamental do indivíduo – investigado, acusado ou preso – de não produzir provas contra si mesmo, isto é, a prerrogativa de não se manifestar ou praticar qualquer ato (direito ao silêncio e de ficar inerte), de fazê-lo parcialmente (escolhendo, por exemplo, exatamente o que quer falar ou fazer) e, como defendem alguns estudiosos, de não ser honesto ao repassar informações (direito de mentir).

Beccaria (2015, p. 39-40) explica a irrazoabilidade em exigir que o réu ou investigado não minta em seu interrogatório, visto que evidentemente essa exigência seria contrária ao seu maior interesse, aduzindo que seria, no mínimo, ingênuo, acreditar que “o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir para sua própria destruição! Como se, o mais das vezes, a voz do interesse não abafasse no coração humano a da religião”.

Na doutrina brasileira contemporânea, Pacelli (2021, p. 491) propugna posição contrária com apoio no caráter não absoluto desse direito, preconizando que o seu reconhecimento, no decorrer dos anos, não pretendeu resguardar um suposto “direito à mentira”, mas sim “a proteção contra as hostilidades e as intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado em atos de natureza inquisitiva”. Assim, se o acusado movimentasse a máquina estatal atribuindo falsamente conduta criminosa à alguém, responderia pelo delito de denúncia caluniosa, previsto no art. 339, do CPB (BRASIL, 1940), sem que isso resultasse em ofensa à não autoincriminação.

Um dos marcos mais importantes acerca do denominado *self-incrimination* foi fixado no julgamento do famoso caso *Miranda v. Arizona* (1966), pela Suprema Corte estadunidense, voltado especialmente para a ocasião do interrogatório dos investigados em sede policial, estabelecendo, por exemplo, a necessidade de que fossem informados sobre essa garantia tão relevante. Foi definido, ademais, que “the privilege against self-incrimination protects the individual from being compelled to incriminate himself in any manner; it does not distinguish degrees of incrimination”⁷ (U.S. SUPREME COURT, 1966).

Nesse sentido, entende-se que, uma vez exercido o direito à não autoincriminação, é possível que esse exercício seja submetido à valoração probatória perante o magistrado, dependendo, contudo, de qual foi a postura do titular desse direito ao exercê-lo. Pacelli (2021, p. 494) elenca duas restrições, são elas:

⁷ “[...] o privilégio contra a autoincriminação protege o indivíduo de ser obrigado a incriminar-se de qualquer forma; ele não distingue graus de incriminação”. (Tradução livre).

- a) se há o direito a não responder perguntas (sem especificação, no que se refere à totalidade ou individualidade delas), o silêncio em relação a elas, ou a algumas delas, não poderá ser valorado em prejuízo da defesa;
- b) todavia, como não existe também uma obrigação legal à aceitação da veracidade do depoimento do acusado, o juiz poderá livremente desconsiderar a idoneidade probatória de uma versão defensiva que se mostre desconectada de sentido ou de lógica argumentativa, o que fatalmente ocorrerá quando o réu passar a escolher as perguntas de sua preferência. Mais que isso: quando ele não conseguir, satisfatoriamente, responder a uma indagação que esteja a questionar uma afirmação anterior. Nesse caso, não se cuidará de valoração do silêncio, mas de reconhecimento da inconsistência do conjunto da autodefesa.

Observa-se que a valoração judicial que poderá ser prejudicial ao investigado ou acusado será aquela que leva em consideração uma postura ativa do próprio titular do direito fundamental, o qual exerce uma espécie de renúncia desse “privilégio”, por exemplo, quando confessa a prática do delito. Além da renúncia, o direito à não autoincriminação em confronto com outro direito fundamental pode sofrer relativização por meio de decisão judicial fundamentada.

É cediço que os direitos fundamentais, por mais valiosos que sejam, individual e socialmente, são caracterizados como não-absolutos, isto é, podem ser relativizados. Alexy (2006, p. 281) destaca que “restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais”, estabelecendo que as liberdades, situações e posições é que estão sujeitas à flexibilização.

Assim, a doutrina brasileira majoritária preleciona três formas de restrição aos direitos fundamentais, são elas: as que ocorrem por expressa previsão constitucional, as que estão definidas na legislação infraconstitucional e aquelas que decorrem da colisão entre direitos fundamentais num determinado caso concreto (SARLET, 2015, p. 391-392). Contudo, independentemente da “modalidade” de relativização, exige-se que esteja alicerçada em um fundamento constitucional.

Nesse sentido, na tentativa de impor limites plausíveis às restrições realizadas no caso concreto – o que a doutrina denomina de “limites aos limites” –, preconiza-se como imprescindível que, na hipótese de uma colisão entre direitos fundamentais, sem que exista uma limitação constitucional ou legislativa expressa, far-se-á o manuseio da “proporcionalidade ampla”, cujo conceito se fragmenta em três sub-regras, quais sejam: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito (FERNANDES, 2017, p. 231).

De acordo com Fernandes (2017, p. 233), a “adequação” exige que a restrição a determinado direito fundamental seja seja apta a possibilitar o alcance do resultado pretendido (é um meio para um fim). A “necessidade”, por sua vez, é a imposição para que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir o seu objetivo. Por fim, a

“proporcionalidade em sentido estrito” é entendida como o sopesamento entre os benefícios e malefícios da relativização do direito fundamental.

A relevância desse procedimento encontra guarida – com frequência, diga-se de passagem – nos mandados judiciais que autorizam medidas probatórias invasivas, tanto com relação aos meios de obtenção de prova - como a busca e a interceptação telefônica - que já possuem uma previsão legal para a restrição de direitos fundamentais, quanto para formas de investigação que não possuem disposição legal específica, e que, portanto, não podem ignorar o método supramencionado de resolução da colisão de direitos fundamentais no caso concreto. No ambiente digital, essa necessidade se intensifica.

Inicialmente, é mister destacar duas situações. A primeira diz respeito ao mandado judicial genérico ou “não específico” que, com inexistente ou insuficiente “causa provável”, autoriza a investigação, utilizando-se inconscientemente ou não a pescaria probatória. Silva, Silva e Rosa (2019, p. 45) entendem que a vedação ao *Fishing Expedition* ou pescaria probatória é uma consequência do direito à não autoincriminação, uma vez que aquela não acarreta uma restrição aos direitos fundamentais, mas uma violação propriamente dita a esses direitos.

A segunda situação está relacionada com a presunção de legalidade do mandado judicial – não genérico. Não há como ignorar a suscetibilidade do direito à não autoincriminação quando a investigação criminal ocorre por meio da utilização de mecanismos invasivos à privacidade do investigado, tal como a colheita de elementos em dispositivo eletrônico particular, no qual o sujeito sobre o qual recai a investigação, voluntariamente, e sem qualquer exortação acerca da potencial flexibilização do seu direito fundamental, dispõe informações diversas, tanto relativas a si mesmo quanto a outras pessoas.

É sensível a discussão, uma vez que, por não conhecerem o emprego do método pelos agentes de investigação, “os indivíduos-alvos continuam a agir, em um sentido claramente autoincriminatório ou incriminatório daqueles com os quais interagem” (MENDES, 2020, p. 96). Essas pessoas “atingidas” expõem confissões não esclarecidas, nem livres, de acordo com Mendes (2020, p. 96), que posteriormente se voltarão contra elas em um processo judicial.

Essa autoincriminação involuntária, justificada na tentativa de controle do delito, sequer deveria ser permitida ou validada de alguma forma pelo Poder Judiciário atuante num Estado Democrático de Direito. Porque além da ausência de previsão legal específica, não se identifica propriamente uma colisão entre direitos fundamentais que, seguindo todo o procedimento sugerido pela doutrina, justifique a flexibilização do “*nemo tenetur se detegere*”.

Há que se pugnar pelo afastamento do subterfúgio utilizado para dizer que a restrição aos direitos fundamentais se dá “em nome de um bem maior” ou para resguardar a

“Segurança Pública”, tão ampla conceitualmente. Assim, infere-se que a finalidade da investigação de buscar elementos incriminatórios do investigado ou de terceiros é o que caracteriza a ilicitude da “prova” colhida, especialmente porque não se porporciona o conhecimento de tal situação, muito menos o consentimento do sujeito-alvo (DE PAULA, 2009, p. 324).

Assim, diante da ausência de legislação específica para regular a colheita das provas digitais propriamente ditas, e como o acesso ao dispositivo informático do investigado criminalmente para buscar elementos probatórios voluntariamente dispostos pelo titular do referido dispositivo tem sido comumente utilizado na prática forense, é preciso comparar essa medida com outras existentes e reguladas pelo ordenamento jurídico, com vistas a extrair as regras que podem ser aplicadas analogicamente, tais como as referentes à busca e apreensão (art. 240 a 250 do CPP) e à interceptação telefônica e telemática (Lei 9.296/96).

Isso porque o referido acesso se trata de medida evidentemente restritiva de direitos fundamentais. Com isso, sendo a decisão judicial que autoriza a medida uma norma jurídica individualizada, é imprescindível que seja compatível com a constituição para que esteja hábil a estabelecer uma restrição a um direito fundamental. Pois, de acordo com Alexy (2006, p. 281), se ela (a norma) for inconstitucional, ela até poder ser considerada uma intervenção, mas nunca uma restrição, uma vez que “normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição”.

É preciso, portanto, ter cautela com a “normalização da guerra”, mencionada por Mendes (2020, p. 93), visto que a colheita de provas em ambiente digital, especificamente com o acesso ao dispositivo informático particular do investigado, em razão da maior atratividade, corre grandes riscos de incidir numa espécie de “legitimação em desconformidade com a CRFB”, numa tentativa de admitir como “necessários” os procedimentos que buscam enfrentar mais eficientemente um “inimigo”.

4.2 Os mandados judiciais genéricos: uma adaptação do conceito de acesso genérico no ambiente digital

Em razão do atual entendimento jurisprudencial dominante acerca licitude da prova obtida por meio do acesso ao dispositivo informático do investigado criminalmente, é mister que sejam estabelecidos critérios para orientar a prática judiciária, a fim de impedir que o cumprimento dessa medida, não regulada legislativamente e tão invasiva aos direitos fundamentais, possa ser minimamente adequada ao sistema processual penal brasileiro.

Comumente, a expressão “busca e apreensão” - referente à medida prevista nos arts. 240 a 250 do CPP - é empregada como se dissesse respeito a um único instituto jurídico do processo penal. Todavia, conforme explicita Lima (2020, p. 793), se tratam de institutos diferentes, sendo a busca uma “diligência cujo objetivo é encontrar objetos ou pessoas”, enquanto a apreensão é entendida como uma “medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa”. Embora não seja comum, uma medida pode acontecer sem a necessidade de que a outra também ocorra.

É possível, portanto, que a busca realizada seja inócua, de modo que não haja objetos para a realização da apreensão, assim como pode haver a apreensão sem que haja uma busca precedente. Nesse último caso, Marcão (2016, p. 645) exemplifica com a situação em que o próprio investigado se dirige até a repartição policial e entrega algum objeto relevante para a apuração dos fatos, ocasião na qual o referido objeto será apreendido e utilizado como elemento probatório.

A doutrina processual penal brasileira diverge quanto à natureza jurídica da busca e da apreensão. Pacelli (2020, p. 564) entende se tratar de medida com natureza cautelar, com a função de resguardar o material probatório. Lima (2020, p. 791) propugna se tratar de um meio de obtenção de provas, utilizado para a investigação e colheita de elementos probatórios. Nucci (2020, p. 869) preconiza que se trata de medida com “natureza mista”, aduzindo que pode ser tanto um meio acautelatório, quando um meio de prova.

A natureza jurídica de “meio de obtenção de provas”, muito embora não tenha sido adotada expressamente pelo Código de Processo Penal, é a que mais se coaduna com a finalidade da busca e da apreensão, uma vez que consiste em um procedimento, regulado legislativamente, que possui o objetivo precípua de encontrar fontes materiais de provas (LIMA, 2020, p. 791).

A busca poderá ser pessoal ou domiciliar. No primeiro caso, a autoridade policial poderá agir de ofício ou ser autorizada pela autoridade judiciária. Trata-se da medida relativa à pessoa humana, sendo citado como exemplo por Nucci (2020, p. 876) o caso em que uma pessoa suspeita de portar a arma instrumento de um determinado crime é encontrada por um policial. Assim, embora a busca pessoal dispense o mandado judicial, uma vez que é embasada na “fundada suspeita”, a sua efetivação pela autoridade policial deve ser realizada com cautela e da forma menos invasiva possível.

No que concerne à busca domiciliar, o art. 5º, XI, da CFRB (BRASIL, 1988) submete à reserva de jurisdição a medida que implique na penetração do domicílio do indivíduo sem o seu consentimento, estabelecendo ainda a necessidade de que tal procedimento ocorra

durante o dia, ressalvados os casos de flagrante delito ou para prestar socorro. Nucci (2020, p. 875) preconiza que a expressão “domicílio” deve ser interpretada extensivamente, englobando todos os locais onde a pessoa vive, ocupando-se das suas atividades particulares ou profissionais.

Dentre outros requisitos necessários à decretação da medida, o art. 243, I e II do CPP (BRASIL, 1941) prevê a indispensabilidade de ser indicada de forma precisa a casa em que a diligência será realizada, bem como o nome do respectivo proprietário ou morador, exigindo que sejam expostos os motivos e fins da diligência. Desta forma, entende-se pela necessidade de que o mandado de busca seja específico, isto é, sempre que autorize a medida o faça de forma a coordenar a atividade investigativa desde o início.

Essa exigência de especificidade dos mandados é responsável por estabelecer os mais relevantes limites da atividade de busca, impossibilitando uma violação ampla e inconstitucional ao domicílio do investigado e aos outros direitos fundamentais envolvidos. Por essa razão, Lopes Júnior (2020, p. 813) assevera a ilegalidade dos mandados judiciais de busca e apreensão genéricos, incertos ou vagos, que não delimitam com precisão o local, os motivos e a finalidade da realização da medida.

O foco da busca deve estar definido previamente. Pois, a partir desse objetivo é que o “caminho” a ser trilhado pela autoridade investigadora vai ser definido, de modo que não se garanta a essa uma liberdade de escolha acerca dos locais que serão ou não invadidos e vasculhados (NUCCI, 2020, p. 878). Antes de iniciar a busca, a autoridade policial já deverá estar ciente do quê procurar, onde procurar e por qual motivo procurar.

Os mandados de busca e apreensão genéricos ganharam um destaque especial na intervenção federal decretada no Rio de Janeiro em 2018, quando se acentuaram as discussões acerca das violações acarretadas pelas decisões judiciais que autorizaram a “invasão” ou “intrusão” em domicílios não determinados de pessoas “aleatórias”, sendo suscitada, inclusive, a flagrante violação da presunção de inocência (CONJUR, 2018), tanto em razão da ausência de indicação das pessoas como da inexistência de especificidade do domicílio no qual a busca seria realizada.

Desta forma, há que se ter cautela com as tentativas de dissimulação da ilegalidade insíta ao mandado genérico, visando demonstrar aparente situação de conformidade com a legislação processual penal, especialmente no que se refere ao “disfarçe” atribuído à “causa provável” – indícios de autoria e materialidade – exigida para a decretação da medida. Essa autorização genérica para a realização da busca configura, presumidamente, a prática da *fishing expedition* ou pescaria probatória (SILVA, SILVA e ROSA, 2019, p. 49).

Assim, embora se tratem de institutos juridicamente distintos, em razão da ausência de previsão legislativa específica do acesso aos dispositivos informáticos para colheita de provas digitais (como por exemplo o acesso às mensagens de Whatsapp), é preciso que sejam ressaltados os pontos de semelhança entre o referido meio de obtenção de provas e a busca regulada nos arts. 240 a 250 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a fim de minorar os danos causados pela prática judiciária que tem utilizado indiscriminadamente aquela medida na prática.

Isso porque, no âmbito digital, com um maior leque de informações à disposição da autoridade policial que conduz a investigação, a ausência de “precisão” na delimitação dos locais e das pessoas sob as quais incidirá a medida, esta se torna uma “carta na manga” das autoridades de investigação e judiciárias, uma vez que podendo pesquisar qualquer coisa e em qualquer lugar não haveria mais necessidade para “perder tempo” com outras medidas menos invasivas, visto que bastaria o acesso ao dispositivo informático particular do investigado para que o Estado descobrisse tudo do que precisa para finalizar a persecução penal.

Hoje, os celulares, computadores, tablets, etc são ferramentas das quais os indivíduos no geral utilizam para guardar e compartilhar informações particulares ou relativas a terceiros das mais diversas, desde aquelas que eventualmente podem interessar a persecução penal relativa a determinado delito cometido ou não pelo proprietário do dispositivo informático, até aquelas informações de interesse estritamente particular acerca das convicções filosóficas, políticas, religiosas e sexuais do sujeito.

As informações contidas nesses dispositivos estão necessariamente acopladas umas às outras, em razão da característica da promiscuidade, inerente às provas digitais (DANIELLE, 2011, p. 286/287). Desta forma, o mero acesso da autoridade policial ao conteúdo material contido no dispositivo já torna, por si só, as informações irrelevantes ao processo penal suscetíveis de violação. Por esta razão, a utilização desse meio de obtenção de provas não é tão simples quanto parece ser.

Um exemplo interessante é o acesso às mensagens do WhatsApp do investigado, que não possibilita à autoridade policial apenas o conhecimento de uma mensagem específica, delimitada no tempo - retroativa e progressivamente - com um único interlocutor. Pelo contrário, o acesso ao dispositivo informático já garante, de per sí, o conhecimento amplo das informações nele contidas, flexibilizando de forma mais grave os direitos fundamentais à privacidade, intimidade, presunção de inocência e não autoincriminação.

Não há que se falar em mero compartilhamento da regulamentação do mandado de busca, prevista nos arts. 240 a 250 do CPP (BRASIL, 1941), para que o acesso aos dispositivos

informáticos dos investigados seja legitimado. Pois, como exposto alhures, tratam-se de institutos jurídicos distintos que necessitam, portanto, de regulamentação própria, em razão das peculiaridades de cada um.

Porém, com vistas a minorar as violações práticas verificadas nas decisões judiciais que têm sido prolatadas na prática processual penal pelos tribunais brasileiros - especialmente pelos tribunais de justiça e pelos juízes de base - é recomendável que seja parcialmente aproveitada a disciplina legal do mandado de busca, naquilo que se mostrarem compatíveis, com a ressalva para as modificações que se mostrarem devidas.

Nesse sentido, destaca-se que a adaptação mais relevante no momento diz respeito à característica da especificidade do mandado judicial, conforme visto alhures. De modo que, no momento em que houver a autorização do Poder Judiciário para acesso ao dispositivo informático do investigado criminalmente, a autoridade policial precisa estar suficientemente regrada, não podendo extrapolar os limites definidos judicialmente.

Para que o referido acesso não seja reputado como genérico, e conseqüentemente esteja eivado de vício de ilegalidade, não basta que o magistrado autorize a procura de elementos probatórios no *smartphone*, computador ou tablet, por exemplo. Sendo imprescindível que seja determinado o conteúdo que apresenta relevância ao processo penal. Noutros termos, em se tratando de acesso ao WhatsApp, Telegram ou Facebook, o magistrado precisaria definir a conversa sob a qual incidiria a medida, bem como a data e hora em que se deve procurar, etc.

O Ministro do STJ, Sebastião Reis Júnior, no HC 197.044 (BRASIL, 2011), em posicionamento passível de ser aplicado às situações expostas alhures, advertiu sobre a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre a proteção da intimidade e a quebra do sigilo de dados, aduzindo que não poderia haver uma devassa indiscriminada e incontida de dados na interceptação das comunicações.

De modo oposto ao ora propugnado, o magistrado com atuação na Central de Inquéritos e Custódia da Comarca de São Luís/MA, em 08 de julho de 2022, nos autos de nº 0835258-16.2022.8.10.0001 (BRASIL, 2022), determinou a apreensão do celular do investigado e o acesso a todo o conteúdo existente no dispositivo, incluindo ligações, mensagens de texto, fotos, vídeos e mensagens em redes sociais como WhatsApp, Telegram e outros, conforme se observa da transcrição:

[...] A par disso, é irrefutável que a extração dos dados é imprescindível para melhor apuração de autoria e materialidade do crime investigado no caso em tela, uma vez que poderá confirmar a linha investigatória adotada pela autoridade policial, a fim de possibilitar a formação da opinião delicti. Ex positis, com base nas disposições de lei invocadas, em consonância com o parecer ministerial, DEFIRO o pedido pela quebra

de sigilo de dados telefônicos, REFERENTES A CONTEÚDOS JÁ EXISTENTES e armazenados nos aparelhos celulares apreendidos com o representado MOISES COSTA DOS SANTOS. AUTORIZO, portanto, o acesso integral aos dados armazenados, a saber, ligações efetuadas e recebidas, mensagens de texto, de áudio, mensagens de aplicativos de redes sociais – WhatsApp, Telegram, e outros aplicativos de conversa não listados, registros de chamadas, vídeos e imagens), existente nos dispositivos encontrados com os representados, resguardando-se o sigilo necessário, em especial, a tudo quanto não se relacione à presente investigação. (BRASIL, 2022).

O mencionado “acesso irrestrito” é evidentemente inconstitucional e ilegal. Pois, concede à autoridade responsável pela investigação uma espécie de aval para vasculhar todo o dispositivo informático de propriedade do investigado sem definir o que está sendo procurado e onde está sendo procurado, configurando, além de flagrante violação ao princípio da não autoincriminação, um ultraje à presunção de inocência, uma vez que passa a caracterizar a tão odiosa prática de *fishing expedition* (pescaria probatória).

Nesse sentido, Oliveira (2021, p. 135), acerca do acesso genérico concedido ao dispositivo informático do investigado criminalmente, dispõe que a ausência de definição precisa do objeto a ser investigado, bem como do limite temporal, podem inquinar de ilegalidade os elementos probatórios colhidos, inutilizando-os independente do benefício que aparentemente pudesse trazer à persecução penal.

[...] Nesse contexto, o amplo acesso ao telefone do suspeito, sem filtro de quais fatos está a se investigar, ou mesmo de qual período do histórico de mensagens devem ser analisados, pode macular os elementos informativos, tornando-os inadmissíveis na seara processual penal, mesmo quando efetivamente demonstre a autoria ou a materialidade delitiva. (OLIVEIRA, 2021, p. 135).

Esse acesso genérico acaba por conceder um passe livre à utilização incontida do princípio da serendipidade, uma vez que os elementos probatórios “encontrados fortuitamente”, na verdade são encontrados “inevitavelmente”, visto que a investigação tem aval para sondar todo o dispositivo informático do investigado, sob o pretexto da “necessidade” de realização de perícia”para o melhor esclarecimento dos fatos.

Ademais, além da ausência de especificidade do mandado judicial, observa-se que inexistia na decisão supramencionada a “causa provável” para autorizar o acesso ao dispositivo informático – que deve ser ressaltado, é medida sempre excepcional – visto que a medida foi decretada “para melhor apuração da autoria e materialidade”. Ora, há uma impossibilidade lógica nessa situação, uma vez que a medida de acesso ao dispositivo informático do investigado apenas poderia ser decretada se houvesse indícios suficientes de autoria e materialidade (causa provável) que justificasse a flexibilização dos direitos fundamentais envolvidos.

Essa ausência de “causa provável”, bem como a ausência ou insuficiência da especificação do mandado judicial, são representações acerca da propensão ao uso da pescaria

probatória no âmbito digital, que “se aproveita dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, possibilitando um vasculhamento da intimidade, vida privada, e violando direitos fundamentais como a ‘não autoincriminação’” (SILVA, SILVA e ROSA, 2019, p. 45).

Com isso, abstraindo-se do óbice relativo à ausência de previsão legislativa específica para regulamentar a referida medida, é preciso estabelecer que, assim como há uma aversão doutrinária e legislativa (muitas vezes desrespeitada) aos mandados genéricos de busca e apreensão, deve-se impedir o “acesso genérico ou irrestrito” aos dispositivos informáticos das pessoas investigadas criminalmente da forma sugerida alhures, sob pena de configurar-se a prática de pescaria probatória e, conseqüentemente, tornar ilícitos os elementos probatórios colhidos através desse “meio de obtenção de provas”, independente de terem sido encontrados fortuitamente ou não.

4.3 Intercepção das comunicações telefônicas, o sigilo de dados e o acesso a aplicativos de mensagens privadas: uma análise comparativa para a aplicação do princípio da serendipidade

Como visto alhures, o art. 5º, XII, da CRFB estabelece que “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” (BRASIL, 1988). Assim, a interpretação doutrinária e jurisprudencial predominante é a de que não apenas as comunicações telefônicas, mas as telegráficas, a correspondência e os dados são passíveis de flexibilização.

O raciocínio decorre da inexistência de caráter absoluto dos direitos fundamentais, de modo que esses podem ser restringidos nos casos em que conflitem com outros direitos fundamentais, a partir do critério de ponderação. Dessa forma, Lima (2020, p. 808) preconiza que apenas decisão judicial fundamentada pode flexibilizar os sigilos da correspondência, dos dados e das comunicações telegráficas.

A intercepção das comunicações telefônicas, por sua vez, entendida por Lima (2020, p. 810) como “o ato de captar a comunicação telefônica alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal comunicação”, é regulamentada pela lei 9.296/96, que estabelece seus requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris*, a excepcionalidade da medida e a finalidade de elucidação de crimes com pena de reclusão, nos termos do art. 2º do diploma normativo supramencionado. É entendida como um meio para obter “informação em fluxo”

(VEDOVATO e ZEDES, 2019, p. 66), isto é, a comunicação interceptada encontra-se em andamento.

Ademais, o *caput* do art. 1º da Lei 9.296/96 ainda prevê a possibilidade de decretação das interceptações de comunicações telefônicas de qualquer natureza, incluindo nesse conceito a interceptação das comunicações telemáticas e informáticas, às quais se referem à transmissão e manipulação de dados, escritos, informações, sinais e imagens, “por meio do uso combinado da informática (do computador) com as várias formas de telecomunicação” (LIMA, 2020, p. 816).

O entendimento jurisprudencial atual dos tribunais superiores gira em torno da impossibilidade de utilização de medidas de acesso remoto ao dispositivo informático do investigado ou réu, tal como o espelhamento do aplicativo de mensagens “WhatsApp”, através do mecanismo disponibilizado pela própria plataforma, denominado “WhatsApp Web”. A conclusão leva em consideração a ausência de legislação específica que regule esse meio de obtenção de provas ou medida cautelar probatória.

A principal justificativa consiste na impossibilidade de aplicação analógica da lei das interceptações telefônicas (Lei nº 9.296/96), uma vez que tanto o referido “acesso remoto”, quanto a perícia realizada nos dados armazenados no dispositivo, não poderiam ser equiparados a quaisquer das modalidades de interceptação, nem mesmo à telemática. Todavia, quanto a essa última – perícia nos dados –, como visto anteriormente, a jurisprudência pátria tem permitido a sua utilização, desde que haja autorização judicial prévia para tanto.

Oliveira (2021, p. 133) entendendo que pode existir situações em que o acesso ao dispositivo e a interceptação telemática apresentem semelhanças, aduz que deve ser aplicado àquele meio de obtenção de provas a disposição do art. 2º, III, da Lei 9.296/96, de modo que apenas os crimes punidos com pena de detenção poderiam ser investigados a partir da quebra de sigilo dos dados para acesso a aplicativos de mensagem como WhatsApp, Telegram, etc.

O STJ, no julgamento do RHC nº 99735 SC (BRASIL, 2018), de Relatoria da Ministra Laurita Vaz, preconizou a impossibilidade de aplicação da lei 9.296/96 ao procedimento de espelhamento do WhatsApp para fins de investigação criminal, estabelecendo três pontos distintivos entre a medida e a interceptação das comunicações telefônicas, os quais tornaram impossível a aplicação analógica do referido diploma normativo.

Primeiro: ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *WhatsApp Web* o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular

Segundo: ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de

conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (*ex nunc*), o espelhamento via Código QR viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*).

Terceiro: ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via Código QR depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência (BRASIL, 2018).

Noutro caso, o STJ, no julgamento do Resp nº 1.806.792 – SP (BRASIL, 2021), também afastou uma medida de acesso remoto ao dispositivo informático do investigado por entender que não seria possível utilizar a lei de interceptação telefônica de forma analógica. Na hipótese, se pretendia a realizar a habilitação de *chip* do investigador, perante a operadora de telefonia, para fornecer à autoridade policial o acesso pleno, em tempo real, às chamadas e mensagens transmitidas para a linha originária, inclusive via WhatsApp.

Todavia, essa ação, tal como o espelhamento via WhatsApp Web, permitiria ao investigador um “acesso irrestrito” a todo o conteúdo do smartphone, bem como possibilitaria o envio e a exclusão de mensagens sem que isso deixasse vestígios. Com base nisso, o STJ utilizou as mesmas razões anteriormente mencionadas para dizer que na ausência de legislação que permita e especifique esse procedimento, tal medida não pode ser adotada.

Desta forma, observa-se que o acesso ao dispositivo informático de determinada pessoa é infinitamente mais complexo do que a mera interceptação de uma comunicação, isso porque o mencionado acesso garante ao investigador não apenas o conhecimento das informações futuras – a contar da autorização judicial – mas permite a verificação de todo o conteúdo existente no dispositivo, tendo, portanto, efeitos *ex-tunc* (retroativos) e *ex-nunc* (progressivo). Logo, não sendo semelhante à interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, a lei 9.296/96 não pode ser aplicada analogicamente.

Além disso, as peculiaridades dessa medida exigem, por si sós, a elaboração de diploma legislativo específico, visto que as características de mutabilidade e promiscuidade, inatas às provas digitais, enfraquecem demasiadamente os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos direta ou indiretamente na investigação criminal. Portanto, inexistindo até o momento a referida lei infraconstitucional, a jurisprudência prática tem reputado como ilícitas as provas obtidas através do “acesso remoto”, como nas hipóteses especificadas.

Afastadas essas possibilidades, tem sido amplamente permitido na jurisprudência o acesso ao conteúdo do dispositivo informático, geralmente a partir do cumprimento de uma medida de busca e apreensão, tal como visto alhures. A principal justificativa é a de que esse acesso se assemelha ao procedimento “vasculhamento” de e-mails, a partir da decretação da quebra de sigilo dos dados. Logo, tal medida também não se adequaria às normas da lei

9.296/96.

Com isso, o art. 7º, III, da Lei 12.965/2014 tem sido utilizado para fundamentar a permissão de acesso às mensagens, fotos, vídeos, etc. que estejam armazenados nos smartphones, computadores e outros dispositivos. O STJ já entendeu, no AgRg no Resp 1970.992/PR (BRASIL, 2022) que não é considerada ilícita a prova obtida através do acesso ao dispositivo informático do suspeito, com a realização de exame pericial no conteúdo das mensagens trocadas em aplicativos como WhatsApp e Telegram, desde que haja autorização judicial para tanto .

Parece contraditório que a jurisprudência pátria, mesmo reconhecendo o caráter demasiadamente invasivo do meio, busque tratar o acesso aos dispositivos informáticos para busca de provas digitais de forma semelhante à quebra de sigilo dos meios telemáticos, porém, afastar os requisitos – limitadores da ação “invasiva” estatal – previstos na lei das interceptações telefônicas por entender que se tratam de meios de obtenção de provas distintos, como visto no RHC 75.800/PR (BRASIL, 2016).

Toadavia, o único óbice estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à quebra do sigilo desses dados é a reserva de jurisdição. Por exemplo, no RHC nº 133.43 (BRASIL, 2020), reforça-se a necessidade de autorização judicial para acesso ao conteúdo dos aplicativos de mensagens, como WhatsApp, no dispositivo informático do investigado, caso o acesso não seja fornecido voluntariamente pelo titular do dispositivo. Ressaltando, ainda, que, não havendo comprovação da autenticidade e licitude da obtenção dos *prints screens*, interpreta-se de forma favorável ao investigado, considerando inadmissível a prova obtida por estar eivada de ilicitude.

Assim, aproveitando-se de parte da fundamentação do STJ para proibir o “acesso remoto” ao dispositivo, conforme supramencionado, entende-se que a justificativa relacionada ao perigo de conceder à autoridade investigadora, de modo indiscriminado, o acesso a todo o conteúdo do dispositivo, também deve ser considerada nos casos de quebra de sigilo (*ex-tunc*) dos dados dos dispositivos informáticos. Isso, portanto, corrobora o entendimento mencionado alhures acerca da necessidade de adoção de um conceito de “acesso específico” próprio para a investigação em dispositivos informáticos.

Seria preciso que houvesse uma autorização do magistrado (reserva jurisdicional) para o conhecimento de uma conversa específica, delimitada no tempo, e encontrada em um aplicativo, pasta ou arquivo específico, sob pena de franquear o “acesso irrestrito” do dispositivo ao Estado, causando insegurança ao exercício da privacidade, intimidade, presunção de inocência e à não autoincriminação.

Contudo, não se ignora a característica de volatilidade das provas digitais colhidas nesses dispositivos, uma vez que a não apreensão ou acesso imediato poderá acarretar a perda definitiva de elementos probatórios relevantes para o esclarecimento dos fatos na persecução penal (OLIVEIRA, 2021, p. 123), especialmente nas hipóteses que demandam urgência. Porém, o que se pretende discutir é o quão específico deve ser o mandado judicial que permite o acesso ao dispositivo informático do indivíduo.

Oliveira (2021, p. 128) sugere uma ponderação entre a especificidade do mandado e a eficiência à persecução criminal, estabelecendo a necessidade de que o magistrado não se limite a autorizar (genericamente) o acesso ao conteúdo do dispositivo, além de buscar outras formas de preservar os direitos fundamentais envolvidos na ação estatal.

[...] o requerimento de acesso deverá conter, de forma obrigatória, os seguintes requisitos: a) fundados indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e c) período ao qual se referem os registros.

Ao apreciar o pleito de acesso dos dados, competirá ao juiz proferir decisão fundamentada que extrapole a mera autorização de visualização, como também adotar cautelas que garantam o sigilo das informações, da intimidade, vida privada, honra e imagem do titular do aparelho, além de orientar a guarda dos dados e facultar a decretação de sigilo, como orienta o art. 23 do Marco Civil da Internet. (OLIVEIRA, 2021, p. 127).

Nesse sentido, o acesso ao dispositivo precisa estar baseado em autorização judicial específica, que delimite exatamente o local onde a autoridade investigadora deve procurar os elementos probatórios. Desta forma, em razão do caráter próprio assumido pelo fenômeno da serendipidade no ambiente digital, este apenas deverá ser aplicado, da maneira como se aplicava às provas “tradicionais” (OLIVEIRA, 2021, p. 133), se a investigação criminal não extrapolar de qualquer forma os limites específicos do mandado judicial.

Assim, considerando que o mandado judicial foi prolatado de forma específica, bem como que a investigação seguiu estritamente os limites delineados na autorização para acesso ao dispositivo informático, o fenômeno da serendipidade poderá ser plenamente aplicável em relação aos elementos probatórios encontrados fortuitamente, levando-se em consideração as regras de conexão e continência (SILVA, SILVA E ROSA, 2019, p. 73).

Porém, sequer haverá de se falar em “encontro fortuito” quando o elemento probatório, que em tese estaria fora da linha de desdobramento da investigação, for encontrado para além dos limites específicos expostos no mandado judicial, visto que se estaria diante de evidente pescaria probatória, acarretando a ilicitude do elemento probatório encontrado, o que impossibilita a sua utilização inclusive como fonte de prova.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As características peculiares das provas digitais, tais como imaterialidade, mutabilidade e promiscuidade, impedem o aproveitamento integral da disciplina legal direcionada para as provas (meios de provas e meios de obtenção de provas) consideradas tradicionais. Assim, em razão da inexistência de disposição legislativa específica e da maior atratividade da colheita de provas no ambiente digital, é imprescindível que a utilização de normas relativas às provas “tradicionais” mantenha o foco nas premissas do sistema acusatório, se afastando da (típica mas não exclusiva) busca desenfreada pela “verdade real”, sob pena de violação dos direitos fundamentais do investigado.

Assim, como demonstrado no terceiro capítulo, a violação a direitos fundamentais dos indivíduos acarreta a ilicitude da prova colhida nessa circunstância, de modo que, em regra, não poderá ser utilizada no processo penal, salvo exceções como a proporcionalidade e o *in dubio pro reo*. Esse entendimento decorre da disposição constitucional de inadmissibilidade da prova ilícita, prevista no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Todavia, essa “violação” não se confunde com a “flexibilização” de direitos fundamentais, que ocorre por exemplo com as medidas de busca e apreensão, interceptação telefônica e quebra de sigilo de dados, plenamente permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, a doutrina e jurisprudência pátrias têm entendido como hipóteses de flexibilização de direitos fundamentais (à privacidade, intimidade e etc), e não como “violação”, o encontro fortuito de elementos probatórios (fenômeno da serendipidade) durante uma medida investigativa. Tal instituto permite que sejam consideradas lícitas as provas colhidas numa investigação criminal mesmo que alheias à linha de desdobramento do objeto da investigação, desde que encontradas fortuitamente. Para tanto, é imprescindível que a busca por provas, que dependa da expedição de mandado judicial, esteja lastreada em indícios suficientes de autoria e materialidade (causa provável), sob pena de se caracterizar uma “pescaria probatória”, isto é, uma busca especulativa por elementos probatórios, configurando evidente violação aos direitos fundamentais do investigado, tais como privacidade e intimidade, e, no âmbito digital, o direito à não autoincriminação.

Com isso, no quarto capítulo, buscou-se estabelecer uma definição para “acesso genérico” aos dispositivos informáticos, em semelhança aos mandados judiciais genéricos destinados à procura de provas tradicionais, nos quais não se delimita precisamente o local onde recairá a investigação, deixando a critério da autoridade investigativa determinar o rumo

da procura por provas. Nesse sentido, verificou-se que a jurisprudência pátria tem concedido acesso demasiadamente amplo aos *smartphones*, computadores e tablets dos investigados criminalmente, isto é, sem delimitar no tempo e espaço as conversas dos Apps (WhatsApp e Telegram, por exemplo) ou os arquivos (fotos e notas, por exemplo) que apresentam relevância para a investigação criminal. Assim, em razão da grande quantidade de informações que os indivíduos naturalmente dispõem em seus dispositivos, a ausência de especificação do local em que se realizará a procura por elementos probatórios demonstra o caráter especulativo da referida busca, isto é, com insuficiente ou nenhuma “causa provável”.

A hipótese estabelecida inicialmente foi confirmada apenas de forma parcial, visto que o “acesso genérico”, sem delimitação do local do dispositivo que se pretende acessar, apresenta característica de pescaria probatória, no qual o magistrado permite que o dispositivo seja amplamente vasculhado. Todavia, não há que se falar em fenômeno da serendipidade para os elementos encontrados nessas ocasiões, porque o investigador já espera (e muitas vezes vai em busca disso) encontrar elementos de prova alheios à investigação em curso. Noutras palavras, não há compatibilidade entre o “encontro fortuito” e o “lançamento de uma rede” visando “pescar” qualquer elemento probatório que exista naquele dispositivo.

Entretanto, a parte não confirmada da hipótese concerne na possibilidade de aplicação da serendipidade para legitimar as provas encontradas fortuitamente independentemente da conexão com o objeto de investigação, mesmo que os elementos encontrados sejam relativos a terceiros alheios à investigação criminal. Esse posicionamento é predominantemente sustentado pela jurisprudência pátria que, na ausência de critério melhor, utiliza os conceitos de conexão e continência previstos nos arts. 74 e seguintes do CPP, apenas para definir a natureza jurídica do elementos probatórios encontrados (elemento de prova ou *notitia criminis*), de modo que a pesquisa não se deteve de forma aprofundada nessa temática.

Ante o exposto, infere-se que o fenômeno da serendipidade pode ser aplicado ao âmbito de digital, porém, depende de certas adaptações para que a prova encontrada fortuitamente seja reputada lícita. Inicialmente, é preciso que o acesso aos dispositivos informáticos seja medida excepcionalíssima, em razão da inexistência de lei que o regule; o mandado judicial que autoriza a medida deve ser o mais específico possível, delimitando as conversas, fotos ou arquivos que se pretende acessar, sempre fazendo menção à causa provável, sob pena de configurar a odiosa pescaria probatória; e a autoridade investigativa não pode se desviar dos limites fixados no mandado judicial, apenas sendo lícitos os elementos encontrados fortuitamente dentro da especificação da autorização judicial,

aplicando-se a serendipidade da forma como aplicada às provas tradicionais.

Por fim, como sugestão para pesquisas futuras, indica-se a elaboração de estudos bibliográficos voltados para entender como o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, pode sofrer violações com a autorização genérica para acesso aos dispositivos informáticos dos investigados criminalmente, uma vez que se permite que a autoridade responsável pela investigação acesse todo o conteúdo do smartphone, tablet, ou computador sem apontar um motivo específico para o conhecimento de cada conversa, foto, ou arquivo ali presente, presumindo que existe algum elemento que culpabilize o investigado, não sabendo dizer “o quê” e “onde” encontrar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Tradução de Vigílio Afonso da Silva.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia**. Boletim IBCCRIM, v. 29, p. 7-9, 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21/04/2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. Juiz Singular. Mandado de Prisão nº 0835258-16.2022.8.10.0001.01.0001-08. São Luís, MA, 08 de julho de 2022. **Mandado de Prisão**. Cnj.

BRASIL. Lei nº 9296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.. **Lei Nº 9.296, de 24 de Julho de 1996**.. Brasília, 24 jul. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014**. Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 133.430. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2021. **Superior Tribunal de Justiça Stj – Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus: AgRg no RHC 133430 / PE 2020/0217582-8**. Brasília, 26 fev. 2021. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2495831>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1154376. **Aggr no Resp 1154376 / Mg**. Brasília, 29 maio 2013. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271154376%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271154376%27\).su ce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271154376%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271154376%27).su ce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 11 out. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1970992.

Agrg no Resp 1970992 / Pr. Brasília, 13 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1500158000/decisao-monocratica-1500158019>. Acesso em: 15 out. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 187.189. **Hc 187.189 / Sp.** Brasília, 23 ago. 2013. p. 01-25.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 197.044. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2011. **Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS: HC 197044 -** Decisão Monocrática . Brasília, 21 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.806.792. Brasília, DF, 11 de maio de 2021. **Superior Tribunal de Justiça Stj – Recurso Especial: Resp 1806792 SP 2019/0103023-2.** Brasília, 25 mai. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1215450204/inteiro-teor-1215450245>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 75.800. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. **Superior Tribunal de Justiça Stj – Recurso em Habeas Corpus: Rhc 75800 Pr 2016.** Brasília, 26 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 129678. **Hc 129678 / Sp - São Paulo.** Brasília, 18 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371770/false>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 90376. **Rhc 90376 / Rj – Rio de Janeiro.** Brasília, 17 mai. 2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14729128>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 99.735. Brasília, DF, 27 de novembro de 2018. **Superior Tribunal de Justiça Stj - Recurso Ordinario em Habeas Corpus: Rhc 99735 Sc 2018/0153349-8.** Brasília, 12 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860374869/inteiro-teor-860374879>. Acesso em: 20 out. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Serendipidade:** o encontro fortuito de prova. o encontro fortuito de prova. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/fernando-capez-serendipidade-encontro-fortuito-prova#_ftnref3. Acesso em: 01 nov. 2022.

CONJUR. Mandado de busca genérico contraria a presunção de inocência, diz Celso de Mello. **Revista Consultor Jurídico.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/mandado-busca-generico-viola-presuncao-inocencia-celso>. Acesso em: 05 nov. 2022.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Constituição (1969). Tratado Internacional, de 22 de novembro de 1969. **Convenção Americana de Direitos Humanos: PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA.** San José de Costa Rica, Ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 01 nov. 2022.

COURT, U.s. Supreme. **Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)**. 1966. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/#477>. Acesso em: 01 nov. 2022.

DANIELLE, Marcelo. **La prova digitale nel processo penale**. Rivista di Diritto Processuale Anno LXVI (Seconda Serie) – n. 2. Marzo – Aprile, 2011.

DELGADO MARTÍN, Joaquin. **La prueba electronica en el proceso penal**. Diario La Ley, nº 8167, Sección Doctrina, 10 oct. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley.

DELGADO MARTÍN, Joaquin. **Investigação tecnológica e provas digitais em todas as jurisdições**. 2. ed. Espanã: Wolters Kluwer, 2018.

DE PAULA, Leonardo Costa. **AUTO-INCRIMINAÇÃO E ILICITUDE NA OBTENÇÃO DA PROVA—A LIMITAÇÃO DO PODER**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, n. 4, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GARCÍA, Jesús María González. **EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y LA PRUEBA ILÍCITA: spanish criminal procedure and the illegal evidence**. Spanish criminal procedure and the illegal evidence. 2005. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000200009&script=sci_arttext. Acesso em: 20 nov.2022

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUSMÃO, Victor Santos. **Os limites da admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro**. 2021.

KERR, Orin S. **Executing warrants for digital evidence: the case for use restrictions on nonresponsive data**. Texas Tech School of Law Criminal Law Symposium, Thge Fourth Amendment in the 21st Century, on April 17, 2015.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. 5. reimp. São Paulo: Atlas, 2003.

LEMOS, Diego Fontenele; CAVALCANTE, Larissa Homs; MOTA, Rafael Gonçalves. **A prova digital no direito processual brasileiro**. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, v. 13, n. 1, p. 11-34, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 1. ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Lumen Juris, 2001.

MACHIAVELLI, Niccolò. **O príncipe**. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Software e direitos de propriedade intelectual**. Curitiba: Gedai, 2019.

MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. **Tecnoinvestigação Criminal: entre a proteção de dados e a infiltração por *software***. 1. ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILITÃO, Renato Lopes. **A propósito da prova digital no processo penal**. Revista da Ordem dos Advogados, v. 72, n. 1, p. 247-283, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **PROCESSO PENAL**. 10ª edição, revista e atualizada até setembro de 1999. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Amanda Matias Cavalcante de. **APREENSÃO E USO DE DADOS ARMAZENADOS EM CELULARES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**. 2021. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2021. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/tede/2885>. Acesso em: 11 out. 2022.

OLIVEIRA, Caio José Arruda Amarante de. **Pescaria Probatória no processo penal brasileiro: o conflito entre o sistema acusatório e os poderes instrutórios do juiz**. Disponível em: <https://www.bing.com/search?form=mozlbr&pc=mozd&q=pescaria+probat%3%93ria+no+processo+penal+brasileiro%3a+o++conflito+entre+o+sistemaacusat%3%93rio+e+os+poderes++intrut%3%93rios+do+juiz>. Acesso em: 20 out. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. **A prática de Fishing Expedition no Processo Penal**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em: 21 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na busca e apreensão: um dilema oculto do processo penal.** 1.^a ed. Florianópolis/SC: Emais. 2019.

SILVA, Philipe Benoni Melo e. **Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação.** 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>. Acesso em: 23 out. 2022.

SIQUEIRA, Lorena Isadora. **O princípio da serendipidade no direito.** Frutal-MG: Prospectiva. 2016.

SHAFAN, Joseph. **Os Três Príncipes de Serendip.** 2010. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/ensaios/2461955>. Acesso em: 23 out. 2022.

UNITED STATES SUPREME COURT. **United States v. Nixon.** 418 U.S. 683. 1974.

VACIAGO, Giuseppe; RAMALHO, David Silva. **Online searches and online surveillance: the use of trojans and other types of malware as means of obtaining evidence in criminal proceedings.** Digital Evidence & Elec. Signature L. Rev., v. 13, p. 88, 2016.

VEDOVATO, Luís Renato; ZEDES, Leandro. **O CELULAR DE UM HOMEM E O SEU CASTELO: PRIVACIDADE E SMARTPHONES NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.** Revista Direitos e Garantias Fundamentais, v.20, n° 2, p. 65-92, 2019.

ZIMIANI, Gustavo Bertho. **O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF: the serendipity phenomenon under the lens of the stj and stf jurisprudence.** Unigran, São Paulo, v. 22, n. 43, p. 135-149, jun. 2020.