

A busca e apreensão em celulares: algumas ponderações em torno da proteção de dados, da privacidade e da eficiência do processo

*Guilherme Madeira Dezem*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Intimidade; 3. Domicílio em geral; 4. A necessidade de mudança do conceito de casa; Conclusão.

Resumo: Os celulares passaram a ser parte integrante da vida em sociedade; mais do que meios de comunicação, têm capacidade para guardar inúmeras informações. O STJ entende que somente é possível analisar esses dados com ordem judicial. Este artigo pretende dar outro ponto de vista para a questão.

Palavras-chave: Prova. Busca e Apreensão. Digital. Celular. Ordem Judicial.

1. Introdução

Uma das maiores conquistas dos chamados direitos de primeira dimensão é a proteção dada ao domicílio. Nos mais variados países, a proteção ao domicílio encontra-se erigida com status constitucional.

Assim, por exemplo, temos o caso dos EUA, em que a proteção contra buscas arbitrárias encontra-se na 4ª Emenda. Da mesma forma, a Itália no artigo 14 de sua Constituição, e a Alemanha no artigo 13.

Tantos outros países poderiam ser citados de exemplo, mas o que importa neste momento é compreender a importância da proteção do domicílio apresentada pelos mais variados ordenamentos jurídicos. Percebe-se claramente a preocupação com a proteção de um dos núcleos da dignidade humana, que se expressa na proteção do domicílio.

No plano internacional, a situação também não é diferente. Diversos tratados buscam proteger o domicílio contra ingerências arbitrárias por parte do Estado. Assim, temos o Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e, no âmbito europeu, a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Percebe-se, porém, no plano internacional importante mudança de tônica: a proteção ao domicílio é ligada diretamente à proteção da honra, da dignidade e da vida familiar. Nada mais natural, afinal de contas a proteção dada ao domicílio está indissociavelmente ligada à proteção da intimidade e da privacidade.

¹ Mestre e doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie (graduação e pós-graduação). Autor do curso de Processo Penal pela editora Revista dos Tribunais.

Quando se pensa nos primórdios da proteção do domicílio, bem como o que motivou a sua inclusão nos textos constitucionais e tratados internacionais, é possível identificar descompasso entre o objeto inicial da proteção e as mudanças surgidas com a pós-modernidade. E justamente é esta falta de sincronia que precisa ser pensada para atualizar a proteção constitucional e internacional.

O objetivo deste texto está em demonstrar esse descompasso e propor alterações na percepção do que se entenda por domicílio. Essa alteração é necessária para que se possa estender a proteção do domicílio, a fim de que o texto constitucional continue atual e tendo a abrangência idealizada pelos constituintes. Da mesma forma, procura-se demonstrar que o Marco Civil da Internet representa a positivação deste novo conceito de domicílio.

2. Intimidade

A proteção da intimidade e da vida privada foi positivado pela primeira vez no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, o que não significa dizer que antes o direito à privacidade não era tutelado, apenas não constava na Constituição como direito fundamental individual.

A Constituição, em seu artigo 5º, X, garantiu de maneira detalhada os direitos da personalidade e não somente o direito à intimidade e à vida privada, mas também tutelou especificamente os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Assim nos ensina Luiz Alberto Davi Araújo:

A Constituição de 1988, no entanto, acompanhando os textos constitucionais modernos de Portugal e Espanha, tratou de garantir os direitos da personalidade de forma específica e explícita. No entanto, enquanto os documentos ibéricos citados garantiram apenas um ou outro (a Constituição portuguesa de 1976 garantiu a “reserva da intimidade da vida privada e familiar” – art. 26, 1 – a Constituição da Espanha de 1978 garantiu o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar, em seu art. 18.1), o Texto Constitucional brasileiro cuidou de garantir a privacidade, a intimidade, a imagem, os sigilos de correspondência, além de outros direitos no seu art. 5.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)².

A preocupação com a proteção da intimidade e da vida privada alcança status de direitos humanos, dada a preocupação mundial sobre o tema. Assim, está ela assegurada em tratados internacionais:

O princípio do respeito pela vida privada e familiar encontra-se consagrado, desde logo, no art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo o qual “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”.

² ARAUJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica do empregado (e-mail) e o poder diretivo do empregador. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 40, p. 96, 2002.

Este artigo remata dizendo que “toda a pessoa tem direito à protecção da lei contra as interferências ou ataques”. Em termos similares, o art. 8.º, n. 1, da CEDH dispõe que “qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”, acrescentando n. 2 que “não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”³.

A protecção à vida privada surge da necessidade do homem de viver em sociedade e, ao mesmo tempo, resguardar-se da exposição de certos dados sensíveis a ele perante essa mesma sociedade.

O direito à intimidade é próprio do homem, é inato, nasce juntamente com ele, sendo consagrado pelo princípio da dignidade humana. Mas o que devemos entender como intimidade?

Primeiramente, cumpre salientar que não adentraremos na celeuma sobre intimidade e vida privada terem conceitos diferentes ou não, para efeito do presente trabalho ambas serão tratadas como sinônimos.

A dificuldade de conceituação se dá pelo fato de que a sociedade muda constantemente. Dependerá da cultura social, do espaço e do tempo em que se encontra o indivíduo.

Basta que se imagine os dados das pessoas que eram conhecidos pela sociedade em geral nos anos 1950 e o que hoje conhecemos sobre elas. O advento das redes sociais alterou a forma como lidamos com essas informações e o que sabemos das pessoas, senão de todas, de expressiva parcela delas.

Em geral, é o próprio indivíduo quem determina o que é de interesse público e o que será devidamente privado no que diz respeito a sua vida íntima e particular, não devendo ser ofendido este direito de escolha nem pelo Estado e nem por terceiros.

Essa lição fica especialmente clara quando se pensa que na era digital as próprias pessoas são responsáveis pelas exposições de suas vidas íntimas nas redes sociais, em geral.

A intimidade traz a ideia de que certas atitudes do indivíduo não devem ser de conhecimento público, isto é, a pessoa tem o direito de realizar escolhas e comportamentos sem que seja do conhecimento alheio, sendo protegidos pela esfera da privacidade.

Para José Afonso da Silva, a privacidade pode ser entendida como:

O conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Embarca todas as manifestações das esferas íntimas, privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de

³ GONÇALVES, Pedro Correia. O direito ao respeito pela vida privada e familiar dos doentes mentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 79, p. 303, 2009.

inviolabilidade, assim, é ampla, abrange modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo⁴.

No mesmo sentido, Jean Rivero:

A vida privada é a esfera de cada existência em que ninguém pode imiscuir-se sem ser convidado. A liberdade da vida privada é o reconhecimento, em proveito de cada qual, de uma zona de atividade que lhe é própria⁵.

Vale dizer, privado é aquilo que o indivíduo opta por não compartilhar, dentro de sua esfera de autonomia. No entanto, essas restrições de informações não possuem caráter absoluto justamente porque há informações que devem ser de conhecimento público.

Daí porque Jean Rivero nos ensina que deve haver delimitação dessa esfera, devendo haver espaço para que a sociedade conheça aqueles que a compõem, fator essencial para as relações sociais. Desse modo, o autor assim conceitua vida privada:

Tendo em conta essa relativização da delimitação, considera-se como normalmente dependente da vida privada tudo o que diz respeito à saúde pessoal, às convicções religiosas ou morais, à vida familiar e afetiva, às relações de amizade, aos lazeres, e, com as ressalvas já indicadas, à vida profissional e à situação material. É esse conjunto que o legislador e os juízes pretenderam preservar contra as invasões tanto dos terceiros como do poder⁶.

É o direito fundamental do indivíduo em obstar a invasão de terceiros e do Estado a sua vida privada e familiar. A proteção ao direito à intimidade preserva dois aspectos: a invasão e a divulgação da vida íntima e familiar. A agressão a qualquer um destes aspectos leva a indenização por danos materiais e ou morais, de acordo com o próprio texto constitucional.

Hannah Arendt também explica a importância da intimidade para o indivíduo, em sua obra *A condição humana*, ensinando:

A segunda saliente característica não privativa da privatividade é que as quatro paredes da propriedade privada de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo o que nele ocorre, mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se, como se diz, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à luz a partir de um terreno mais sombrio que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade em um sentido muito real,

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 206.

⁵ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 447.

⁶ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 447-448.

*não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a escuridão do que deve ser escondido da luz da publicidade é a propriedade privada, um lugar possuído privadamente para se esconder*⁷.

Como dito acima, o direito à intimidade não é absoluto, podendo sofrer restrições. Porém, essa limitação não pode ser transformada em extinção do direito sob nenhuma hipótese, nem mesmo para beneficiar a coletividade.

Dworkin⁸ sustenta que a função mais importante do sistema jurídico são os direitos individuais, estando à frente dos direitos sociais coletivos, e que os objetivos da sociedade só serão legítimos se não ofenderem os direitos individuais.

Não se pode esquecer que a intimidade e a privacidade ligam-se diretamente a uma categoria oposta, qual seja, à vigilância. A limitação da privacidade e da intimidade normalmente está ligada à ideia de vigilância por parte do Estado, como bem observa Anthony Giddens:

*[...] a vigilância liga dois fenômenos afins: o cotejo de informação usada para coordenar atividades sociais de subordinados e a supervisão direta da conduta desses subordinados. Em cada um destes aspectos, o advento do Estado moderno, com sua infra-estrutura capitalista-industrial, distinguiu-se por uma vasta expansão da vigilância. Ora, por sua própria natureza, a “vigilância” envolve abertura, tornar visível. A acumulação de informação revela os padrões de atividade daqueles aos quais essa informação se refere, e a supervisão direta mantém abertamente tal atividade sob observação a fim de a controlar. A minimização ou manipulação de condições de abertura está, pois, de ordinário, nos interesses daqueles cujo comportamento está sujeito à vigilância – cuja extensão depende do grau de desinteresse ou nocividade que há no que esses indivíduos são chamados a fazer em tais cenários*⁹.

Intimidade e privacidade de um lado e vigilância de outro são elementos indissociáveis para a compreensão da busca e apreensão em celulares. Para analisar de maneira mais ampla esses elementos, precisamos agregar ainda um outro, que é o conceito de domicílio. Vejamos no próximo tópico.

3. Domicílio em geral

Como extensão da privacidade e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana, temos a inviolabilidade do domicílio, tutelado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XI, a título de direito individual.

⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 87.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XI-XVIII.

⁹ GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 150.

Constitucionalmente, o caráter abrangente de casa, diferentemente do conceito do direito civil, é qualquer espaço em que o indivíduo exerça a sua intimidade, podendo ser temporário ou não, mas imprescindível que seja espaço privado e não aberto ao público¹⁰.

Nesse sentido, temos o ensinamento de Manuel da Costa Andrade:

Por isso é que, de todos os lados, se reconhece que o domicílio ou a habitação de que aqui curamos se estende muito para além do conceito físico de casa e do conceito jurídico de residência ou de conceitos equivalentes ao “nível da esfera do leigo” ou do “sentido comum” e mediatizados pela linguagem corrente. Domicílio é, com efeito, todo o espaço fisicamente circunscrito e delimitado (fechado) onde, por mais ou menos tempo a(s) pessoa(s) se entrincheira(m) ou se refugiam para realizar a sua vida privada, imune(s) às perturbações, ruídos ou olhares indesejados do ambiente, resguardadas da indiscrição e devassa arbitrarias¹¹.

A Constituição visou à proteção do domicílio sem vincular ao direito de propriedade; portanto, o morador tem a garantia da inviolabilidade de seu domicílio ainda que não seja seu proprietário, ou até mesmo em detrimento deste.

Trata-se de espaço privativo destinado a possibilitar intimidade e sossego do indivíduo, sabedor ele de que em seu domicílio não haverá indevidas ingerências do Estado.

Tem-se entendido ainda como casa o lugar habitado por qualquer pessoa que realize atividades profissionais com intenção de estabelecimento, que exclua terceiros. Com esta ideia, Jean Rivero afirma que domicílio é:

Não é somente “o lugar do principal estabelecimento de uma pessoa” que se beneficia de uma proteção fundamental, mas os diferentes locais de sua vida privada: residências secundárias, veículos, trailers ou barcos. E, graças à jurisprudência do Tribunal Europeu, cumpre igualmente incluir neles os locais profissionais¹².

Da mesma forma, temos Kildare Gonçalves Carvalho analisando especificamente o caso brasileiro:

O termo “casa” empregado no texto constitucional compreende qualquer compartimento habitado, aposento habitado, ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (Código Penal, art. 150, § 4º). É a projeção espacial da pessoa; o espaço isolado do ambiente externo utilizado para o desenvolvimento das atividades da vida e do qual a pessoa pretenda normalmente excluir a presença de terceiros. Da noção de casa fazem parte as ideias de âmbito espacial, direito de exclusividade em relação a todos,

¹⁰ AMARAL, Cláudio do Prado. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95, p. 165, 2012.

¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. Domicílio, intimidade e Constituição (anotação crítica do Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100, p. 55, 2013.

¹² RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 453.

*direito à privacidade e à não-intromissão. De se considerar, portanto, que nos teatros, restaurantes, mercados e lojas, desde que cerrem suas portas e neles haja domicílio, haverá a inviolabilidade por destinação, circunstância que não ocorre enquanto aberto*¹³.

A inviolabilidade do domicílio é a garantia dada ao indivíduo de que ninguém irá adentrar em sua casa sem que haja sua expressão permissão, salvo as exceções apresentadas na Constituição, quais sejam: a) caso de flagrante delito ou desastre; b) para prestar socorro; ou, c) durante o dia, por determinação judicial.

José Afonso da Silva esclarece que a Constituição, ao tutelar a casa como inviolável, está “reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar e que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana”¹⁴.

A proteção constitucional também recai sobre o livre uso do domicílio, como assim nos ensina Jean Rivero:

*O domicílio é o lugar onde as liberdades assumem sua dimensão máxima, trata-se das liberdades da pessoa física, da expressão do pensamento, do trabalho ou dos lazeres; consequência essencial desse princípio, os poderes de regulamentação das autoridades de polícia administrativa terminam normalmente no limiar do domicílio e não se estendem às atividades nele sediadas*¹⁵.

Segundo o autor, este direito de uso se dá com a condição de que as atividades desenvolvidas permaneçam restritas ao interior do domicílio, bem como sejam respeitadas as regras de segurança e higiene da sociedade; do contrário, é possível a limitação deste direito.

4. A necessidade de mudança do conceito de casa

O conceito de casa como sendo o espaço físico onde se exerce a intimidade e a vida privada não é mais condizente com a realidade tecnológica que transforma a sociedade moderna.

Com o avanço tecnológico, um simples aparelho celular não se atém mais a exclusividade de fazer e receber ligações e ter uma agenda telefônica.

Os modernos aparelhos telefônicos são verdadeiros computadores portáteis, onde se pode acessar e-mail, redes sociais, tirar fotografias, além de armazenar uma infinita quantidade de informações íntimas e de cunho privado do proprietário.

De acordo com Helena Regina Lobo da Costa e Marcel Leonardi:

O conceito técnico de computador é o seguinte: “máquina capaz de receber, armazenar e enviar dados, e de efetuar, sobre estes, sequências previamente programadas de operações aritméticas

¹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 386.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 206.

¹⁵ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 454.

(como cálculos) e lógicas (como comparações), com o objetivo de resolver problemas”. Entretanto, a palavra é muito utilizada para se referir, de modo coloquial, aos microcomputadores destinados ao usuário individual, de uso doméstico ou profissional, instalados em empresas ou casas, e foi empregada nessa acepção na ordem judicial de busca e apreensão¹⁶.

Deste modo, sendo o computador uma máquina capaz de receber, armazenar e enviar dados, temos que em nada difere das funções exercidas pelo aparelho telefônico dos dias atuais.

Diante das inúmeras funcionalidades do aparelho celular, ele passou a ser um local onde o indivíduo exerce a sua vida privada, podendo conter fotos íntimas do proprietário e de terceiros, conversas reveladoras de segredos, entre outras particularidades que dizem respeito tão somente ao seu dono, cabendo a ele o direito de tornar público ou não essas intimidades.

O cerne da questão está no fato de que o conceito atual de domicílio, embora amplo, restringe-se a um local físico, fechado e privativo. Quando analisamos o disposto no Código Penal, o domicílio é o local para onde o indivíduo vai; portanto, não serviria para a proteção da privacidade do celular, na medida em que o indivíduo leva o celular consigo.

Ocorre que o celular, embora não possa ser considerado um local físico, permite a realização de atividades pertinentes à intimidade e à vida privada do indivíduo, características próprias do domicílio.

De acordo com Manuel da Costa Andrade:

O que não deve, em qualquer caso levar-se à conta de contestação ou de negação da relação privilegiada que medeia entre o domicílio e a privacidade/intimidade: o domicílio é o espaço normal da intimidade. Dito de novo com o Tribunal Constitucional Federal, o “desenvolvimento da personalidade na área nuclear da intimidade pressupõe a possibilidade de expressar livremente sentimentos e emoções bem como reflexões, opiniões e vivências de cariz eminentemente pessoal sem medo de ser vigiado por instâncias estaduais. A tutela abrange também a expressão das sensações e da experiência inconsciente bem como as manifestações da sexualidade. A possibilidade de um tal desenvolvimento pressupõe que o indivíduo disponha de um espaço adequado para o efeito [...] a habitação é, como último refúgio (lestztes Refugium), um meio para garantia da dignidade humana”¹⁷.

No mesmo sentido, temos Cláudio do Prado Amaral:

Conforme Sérgio Iglesias: “A moradia, conceitualmente, é um bem da personalidade, com proteção constitucional e civil. É, portanto, um bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável da sua vontade

¹⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da; LEONARDI, Marcel. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 88, p. 203, 2011.

¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. Domicílio, intimidade e Constituição (anotação crítica do Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100, p. 55, 2013.

e indisponível, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo; secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas é objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da ‘moradia’ é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Existe independentemente de lei, porque também tem substrato no direito natural. Atualmente, é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico, é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana”¹⁸.

Desse modo, se o domicílio pode ser entendido como o espaço normal da intimidade, onde ela se expressa livremente, sendo inerente à pessoa, e, o mais importante, independe de objeto físico para a sua existência, não vislumbramos óbice para que o aparelho celular não possa vir a ser considerado um domicílio e receber a tutela constitucional fundamental da inviolabilidade domiciliar.

Por vezes, o aparelho celular contém mais dados e informações íntimas sobre a nossa vida privada do que nossa própria residência, não sendo pertinente não ser abrangido como domicílio somente, e tão somente, por não ser dotado de espaço físico, tendo, portanto, todas as demais características para ser protegido como tal.

Assim como o conceito de privacidade e intimidade se altera de acordo com o tempo, o espaço e a sociedade, o conceito de domicílio também deve evoluir conforme os avanços sociais e principalmente tecnológicos, para que sua proteção seja a mais absoluta possível, de forma que toda pessoa tenha direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral para o exercício do direito adequado de domicílio¹⁹, consagrando o direito da dignidade humana, essencial ao Estado Democrático de Direito.

Por fim, entendemos que o avanço tecnológico nos permitiu que levássemos o domicílio conosco, isto é, ao utilizarmos o aparelho telefônico ou similar para exercer o direito à nossa intimidade, estamos carregando conosco o espaço destinado a este exercício.

A Constituição Federal não define o que seja domicílio no artigo 5, inciso XI. Esta definição é dada pela doutrina, que sempre se valeu do disposto no artigo 150 do Código Penal.

Para que se possa entender os motivos pelos quais o conceito de domicílio deve ser atualizado, é preciso que se compreenda, ontologicamente, porque merece o domicílio proteção tão especial por parte do legislador.

Inicialmente, a proteção ao domicílio estava diretamente ligada à ideia de proteção da propriedade. Vale dizer, protegia-se o domicílio porque ele representava o direito à propriedade do nobre.

¹⁸ AMARAL, Cláudio do Prado. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95, p. 165, 2012.

¹⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95, p. 165, 2012.

Posteriormente, a ideia de propriedade sai do âmbito principal de necessidade de proteção do domicílio, sendo desenvolvido outro critério, qual seja, a necessidade de proteção da intimidade e da vida privada, dissociada das práticas públicas²⁰.

Esta mentalidade, formada em especial com o advento da Renascença, iria permear o imaginário humano nos séculos vindouros, de forma que o domicílio passou a ser considerado o local sagrado por excelência da proteção do indivíduo.

No entanto, como já dito, a pós-modernidade acaba por trazer uma nova nota a este imaginário: se antes o domicílio era visto como um local físico, um local para onde nos dirigíamos a fim de lá guardarmos nossos segredos, hoje este local é levado com cada um de nós.

Uma das características mais interessantes da pós-modernidade e da tecnologia ligada à computação em nuvem reside justamente na espiritualização de determinados bens, ou seja, na desmaterialização de determinadas coisas que antes somente podiam ser acessadas em um local físico.

No século passado, e até pouco tempo atrás, os arquivos eram todos guardados em enormes armários com fichas catalogadoras do local em que se encontrava cada um dos documentos. Para ter acesso a tais fichas e a tais documentos, era necessário ir até o local físico onde se encontravam.

Hoje isso não é mais necessário. Qualquer pessoa com um smartphone com acesso à internet pode acessar o local em que se encontram armazenados esses dados e ter acesso a eles onde quer que se encontre.

Um dos grandes teóricos da internet, o sociólogo Manuel Castells, nos ensina que ela não é apenas uma tecnologia. Na verdade, a internet representa meio de comunicação e a própria infraestrutura da organização da rede²¹.

A internet afetou de maneira profunda a própria noção de soberania, na medida em que os Estados foram obrigados a repensar sobre o efetivo controle que detém sobre a informação existente na internet e sobre os espaços a serem ocupados.

²⁰ Nesse sentido, esclarecem Yves Castan, François Lebrum e Roger Chartier: “[...] os limites móveis da esfera do privado – quer abranja a quase totalidade da vida social, quer, ao contrário, se restrinja ao foro íntimo, doméstico e familiar – dependem antes de tudo da maneira como se constitui, em doutrina e em poder, a autoridade pública e, em primeira instância, aquela reivindicada e exercida pelo Estado. É, pois, a progressiva construção do Estado moderno – nem sempre absolutista, mas em toda parte administrativo e burocrático – que se revela condição necessária para se poder definir; pensar como tal ou apenas vivenciar de fato um privado doravante distinto de um público claramente identificável. Esse elo essencial entre a afirmação do Estado e o processo de privatização permite várias interpretações. A que Norbert Elias propõe num livro hoje clássico articula estreitamente a criação do Estado absolutista, cuja forma acabada está na monarquia de Luís XIV, e o conjunto das transformações afetivas e psíquicas que levam a conter na intimidade atos que antes eram públicos. Como visa a pacificação do estado social, portanto à censura da violência selvagem; como intensifica e regulamenta as dependências que unem entre si as existências individuais; como produz uma formação social nova, a corte – diferenciada por um código de comportamentos tanto mais obrigatório quanto é progressivamente imitado pelas outras camadas sociais –, o Estado do tipo novo, desenvolvido na Europa entre o final da Idade Média e o século XVII, institui um modo inédito de ser em sociedade, caracterizado pelo controle mais severo das pulsões, pelo domínio das emoções, pelo senso mais elevado de pudor. Tais mudanças, que criam um novo *habitus*, primeiro restrito ao homem da corte e depois difundido por toda a sociedade, determinam a esfera do privado” (CHARTIER; Roger (org.). *História da vida privada: da Renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 28-29).

²¹ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 116: “Sabemos, a partir dos capítulos precedentes, que a internet não é simplesmente uma tecnologia: é um meio de comunicação (como eram os pubs), e é a infra-estrutura material de uma determinada forma organizacional: a rede (como era a fábrica)”.

A geografia, agora, adquire nova versão, na medida em que a atuação do indivíduo não é mais limitada ao espaço físico do Estado; atua o indivíduo com a geografia do próprio globo. Seu limite é o espaço mundial²².

O domicílio, insistimos nesta ideia, é levado com o indivíduo e não mais se resume a um local físico para onde nos dirigimos. O domicílio hoje é levado com o indivíduo graças a essa característica da internet²³.

Evidentemente que não interessa ao Estado esta visão de ciberespaço em que há restrição ao controle exercido por ele sobre o indivíduo. Neste sentido, afirma Pierre Lévy que:

Os Estados ainda tem outros pontos de vista, mais ou menos vastos e compreensivos, sobre a emergência do ciberespaço. A abordagem mais limitada coloca os problemas em termos de soberania e de territorialidade. De fato, o ciberespaço é desterritorializante por natureza, enquanto o Estado Moderno baseia-se, sobretudo, na noção de território²⁴.

Cumprе ressaltar que a intimidade e o domicílio estão intrinsecamente ligados e ambos estão em conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo escolhido como princípio fundamental e, portanto, como condutor de valoração para o intérprete dos demais direitos fundamentais.

Assim sendo, quando falamos em intimidade devemos ter em mente que se trata da esfera privativa do indivíduo, de informações e fatos que se quer manter em sigilo, obstando o acesso a terceiros.

O direito à proteção da intimidade atinge não somente terceiros, mas também o Estado, e, portanto, este deverá ter ordem judicial para restringir este direito.

A ofensa a este preceito fundamental pode ser caracterizada tanto pelo acesso às informações que se quer manter só para si, como pela divulgação destas informações. E esta agressão é passível de indenização moral.

Dada esta particularidade da vida atual, em que carregamos nossos segredos conosco, é fundamental que o conceito de domicílio seja reformulado, passando a abarcar também os meios eletrônicos como aparelhos celulares e tablets, pois com o progresso tecnológico, estes aparelhos contêm inúmeras informações de fórum íntimo, nos permitindo exercer

²² Novamente Castells nos ensina que “a Era da Internet foi aclamada como o fim da geografia. De fato, a Internet tem uma geografia própria, uma geografia feita de redes e nós que processam fluxos de informação gerados e administrados a partir de lugares. Como a unidade é a rede, a arquitetura e a dinâmica de múltiplas redes são as fontes de significado e função para cada lugar. O espaço de fluxos resultante é uma nova forma de espaço, característico da Era da Informação, mas não é desprovida de lugar: conecta lugares por redes de computadores telecomunicadas e sistemas de transporte computadorizados. Redefine distâncias mas não cancela a geografia. Novas configurações territoriais emergem de processos simultâneos de concentração, descentralização e conexão espaciais, incessantemente elaborados pela geometria variável dos fluxos de informação global” (CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 170).

²³ Manuel Castells identifica, nesse sentido, inclusive a grande mudança de poder havida na sociedade na era da internet, afirmando que “[...] the terrain where power relationships operate has changed in two major ways: it is primarily constructed around the articulation between the global and the local; and it is primarily organized around networks, not single units. Because networks are multiple, power relationships are specific to each network” (CASTELLS, Manuel. *Communication power*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 50).

²⁴ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 210.

atos da vida privada não mais somente em ambientes físicos fechados e privativos, mas sim em qualquer lugar, e nem por isso não devem ser tutelados constitucionalmente.

Como bem salientaram Helena Regina Lobo da Costa e Marcel Leonardi:

Diante de todo o exposto, se percebe mais uma vez como a tecnologia, de forma contínua, apresenta desafios aos aplicadores do direito, exigindo soluções e adaptações às novas conformações da realidade. O que não se pode admitir, em tais hipóteses, é o abandono ou a flexibilização de garantias constitucionais do processo penal, que concretizam a aplicação de direitos fundamentais, para a obtenção de prova a qualquer custo.

Deste modo, é imprescindível um novo olhar sobre a tutela constitucional do domicílio, principalmente em face conceitual, para que este esteja coadunado com a sociedade atual. Para que esta análise seja completa, é preciso compreender que o artigo 6 da Lei 12.965/2014 positiva este entendimento.

A Lei 12.965 (Marco Civil), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, em seu artigo 6²⁵, estabelece que para a interpretação desta lei será levado em conta os usos e costumes particulares, bem como a natureza da internet.

E qual a importância deste referido artigo para o novo conceito de domicílio, anteriormente explanado?

Ora, dentro do contexto de uma nova conceituação de domicílio, entendemos que o domicílio é o local, físico ou não, onde se exerce o direito à vida íntima e privada. E, ao regulamentar que a interpretação da lei se dará conforme os usos e costumes da internet, o legislador permitiu que se estendesse a proteção domiciliar à internet, pois usualmente a utilizamos como local de exercício de nossa vida íntima e privada, que nada mais é do que o conceito clássico do domicílio.

Deste modo, entendemos que estamos diante de mais um fundamento (agora legal) de que é necessário analisarmos o conceito de domicílio de acordo com os avanços tecnológicos.

E, portanto, podendo ser entendido o uso costumeiro da internet como domicílio (não importando se este uso se dará por meio de computadores ou celulares), este deverá receber as mesmas proteções constitucionais dadas ao domicílio, ou seja, a sua invasão só pode ocorrer nos casos elencados na Constituição Federal.

Seguramente, trata-se de um dos mais importantes artigos de toda a Lei do Marco Civil e sua aplicação não deve ficar restrita à aplicação da própria lei. Toda e qualquer interpretação, seja no âmbito civil, criminal ou administrativo, deve ter por norte interpretativo o artigo 6 quando envolver relações baseadas na internet. Este artigo 6 representa, em verdade, verdadeira cláusula interpretativa para as relações quando nelas houver a intermediação da internet.

²⁵ Art. 6º. Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

O STJ tem o entendimento consolidado de que a busca e apreensão em aparelhos celulares demanda autorização judicial, ainda que se trate de flagrante. O STF está para decidir este tema.

De nossa parte, entendemos que a aproximação do celular ao regime do domicílio traz como consequência que nas mesmas hipóteses em que se pode adentrar no domicílio também se poderá pesquisar o conteúdo do celular.

Assim, diversamente do STJ, entendemos que poderá ser olhado o conteúdo do celular nas hipóteses em que haja prisão em flagrante da pessoa ou mesmo com sua concordância.

Caso contrário, ou seja, caso mantida a posição do STJ, poderemos estar diante de uma contradição: a CF autoriza que se entre na residência do indivíduo no caso de flagrante, que se faça busca por toda a residência e em todos os cômodos mas não autoriza que se faça busca no celular eventualmente encontrado dentro da residência do indivíduo.

As interpretações não podem conduzir a inconsistências como a acima, com a devida vênia das posições em contrário. Não parece que a CF tenha querido atribuir maior proteção a smartphones do que ao domicílio. Para se evitar tamanha discrepância devemos trabalhar com a ideia de que os smartphones estão submetidos ao regime do inciso XI do artigo 5 e não o do inciso X.

Conclusão

O conceito de domicílio liga-se à proteção da privacidade, embora não seja única manifestação dela. A conceituação de domicílio prevista no artigo 150, parágrafo 4, do Código Penal, não é mais suficiente para abarcar aspectos da vida moderna ligados à tecnologia.

É preciso que se reveja o conceito de domicílio para abarcar também os aparelhos eletrônicos, na medida em que levamos conosco aquilo que antes somente ficaria dentro do próprio domicílio.

No entanto, para que haja o correto equilíbrio entre a eficiência e a proteção dos direitos fundamentais, devemos tomar cuidado com a resposta ao problema para que não haja superproteção do celular sobre o domicílio.

Os aparelhos celulares são verdadeiros computadores portáteis, que armazenam dados e informações que devem ser tutelados pelos princípios constitucionais da proteção à intimidade e também da proteção ao domicílio.

Assim, entendemos que é possível acessar o celular do indivíduo nas mesmas hipóteses em que se pode entrar no domicílio. Dessa forma, caso esteja em flagrante, não haverá necessidade de autorização judicial como preconiza o STJ. Com isso, entendemos que se dará maior equilíbrio entre a eficiência e o garantismo.

Bibliografia

AMARAL, Cláudio do Prado. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 95, p. 165, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. Domicílio, intimidade e Constituição (anotação crítica do Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 21, n. 100, p. 55, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A correspondência eletrônica do empregado (e-mail) e o poder diretivo do empregador. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 410, n. 40, p. 96-121, 2002.

ARENDR, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *Communication power*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CHARTIER; Roger (org.). *História da vida privada: da Renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v. 3.

COSTA, Helena Regina Lobo da; LEONARDI, Marcel. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 88, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALLON JUNIOR, Richard H. Judicially manageable standards and constitutional meaning. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 5, p. 1331-1332, 2006.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. California: Stanford University Press, 2012.

GONÇALVES, Pedro Correia. O direito ao respeito pela vida privada e familiar dos doentes mentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 79, p. 303-322, 2009.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

MARCONDES FILHO, Ciro. *Superciber: a civilização místico-tecnológica do século 21*. São Paulo: Paulus, 2009.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. *La exigencia de justicia*. Madrid: Miguel Carbonell, 2006.