

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

VINÍCIUS MONTEIRO SCHENFELD FRANÇA

**A ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS PELA AUTORIDADE POLICIAL
MEDIANTE O ACESSO AOS DADOS DE APARELHO CELULAR SEM PRÉVIA
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**

**CURITIBA
2018**

VINÍCIUS MONTEIRO SCHENFELD FRANÇA

**A ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS PELA AUTORIDADE POLICIAL
MEDIANTE O ACESSO AOS DADOS DE APARELHO CELULAR SEM PRÉVIA
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito parcial à aprovação na disciplina de Monografia I segundo semestre de 2018, da Faculdade de Direito de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi.

**CURITIBA
2018**

VINÍCIUS MONTEIRO SCHENFELD FRANÇA

**A ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS PELA AUTORIDADE POLICIAL
MEDIANTE O ACESSO AOS DADOS DE APARELHO CELULAR SEM PRÉVIA
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _ Prof. Guilherme Brenner Luchesi

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise das consequências decorrentes do acesso aos dados telefônicos, pela autoridade policial, sem prévia autorização judicial. Para tanto, será abordado o conceito, a finalidade e os meios de produção de provas, bem como as hipóteses em que estas deveriam ser consideradas ilegais e, conseqüentemente, desentranhada dos autos, conforme prevê o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal. Em sequência, será analisado como os tribunais superiores tem julgado os casos envolvendo a devassa dos dados telefônicos não autorizada, e qual os argumentos utilizados pelos ministros em suas decisões, bem como valendo-se do direito comparado. Serão apontadas as consequências decorrentes da referida prática e, por fim, apresentadas possíveis soluções para que mencionado meio de obtenção de provas possa ser utilizado sem, contudo, macular a persecução penal, ou delongar o andamento do procedimento de apuração de autoria do fato criminoso e, sobretudo, violar as garantias constitucionais do interessado.

Palavras-chave: Provas. Acesso aos dados telefônicos. Ilegalidade. Autorização judicial. Garantias constitucionais.

SUMÁRIO

RESUMO	3
1. INTRODUÇÃO	5
2. PROVA NO PROCESSO PENAL	7
2.1 CONCEITO DE PROVA	7
2.2 FINALIDADE DAS PROVAS	10
2.3 PROVA E VERDADE	11
2.4 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO; ATOS DE PROVA E ATOS DE INVESTIGAÇÃO	15
3.DAS PROVAS ILEGAIS	27
4. ANÁLISE JURISPRIDENCIAL	32
4.1.EXAME DOS AUTOS DE N°.0004679-27.2016.8.16.0013	32
4.2. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS N° 91.867	41
4.3.RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DE N° 51.531/RO.....	46
5. CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS.....	62

1. INTRODUÇÃO

Para que o processo penal, regido pelos critérios de justiça, seja idôneo para aplicar sanções aos agentes que praticam condutas típicas, este, impreterivelmente, deve transcorrer a luz da Constituição Federal, buscando assegurar as garantias fundamentais ao longo do procedimento de apuração dos fatos.

Referido procedimento ocorre a partir da reconstrução fática de fatos pretéritos, a qual só é possível por intermédio de provas, que possibilitam que o julgador, que até então, não teve qualquer contato com o ocorrido, exerça o processo recognitivo. Além disto, as provas operam como argumentos aptos a convencer o julgador, desde que produzidas em respeito ao ordenamento jurídico.

Nesse contexto, temos que, de acordo com o artigo 5º, inciso LVI1, da Constituição Federal, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, as quais devem ser, junto de suas derivadas, desentranhadas do processo. A partir do exposto, observa-se a importância de um processo penal hígido, para que, dessa forma, o Estado possa exercer sua função de punir de maneira legítima, o que demonstra a necessidade de discussão do presente tema, vez que o acesso aos dados telefônicos sem prévia autorização judicial pode vir a contaminar, por completo, o processo penal.

A ilegalidade ou não das provas obtidas pela autoridade policial, mediante a devassa dos dados de aparelho celular, por ocasião da abordagem, bem como em sede policial, trata-se de um assunto muito controvertido, atualmente, no âmbito jurídico, vez que não há uma jurisprudência consolidada sobre o tema. Em meio a decisões discrepantes nos tribunais, bem como entendimentos divergentes entre os juristas, verifica-se a importância de constatar se tal prática viola as garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X,2 dentre elas, o direito a privacidade, imagem e honra, ou, se tal ato está revestido de legalidade diante da necessidade de colheita de provas, as quais podem se perder diante da lentidão para realização de um laudo pericial.

¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 setembro 2018.

²Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 setembro 2018.

Precipuamente, impende consignar que, com a evolução da tecnologia, os aparelhos celulares deixaram de ser meros instrumentos de comunicação, tornando-se dispositivos polivalentes, capazes de armazenar inúmeras informações pessoais, desde conversas armazenadas em aplicativos e emails, até imagens, vídeos, informativos de localização, aplicativos de contas bancárias, dentre outras funcionalidades que serão mencionadas ao longo do estudo.

Desta forma, não restam dúvidas de que o acesso ao conteúdo do aparelho celular pode trazer um universo de informações a respeito do abordado e, conseqüentemente, de supostos delitos praticados, ou que possam vir a ser executados por este. Contudo, o que pretende-se esclarecer com a presente pesquisa, é se os agentes públicos tem legitimidade e capacidade para realizarem tais averiguações, ou, se ao agirem dessa maneira, estão contaminando as provas que, em sua essência, eram idôneas e, por conseguinte, prejudicando o devido processo legal, em face a quebra da cadeia de custódia da prova.

Diante dos diferentes posicionamentos sobre a legitimidade, ou não, de referida prática que, corriqueiramente, ocorre em abordagens e em sede policial e, considerando a enorme relevância que tal tema possui no âmbito do direito processual penal, vez que a possível decretação de ilicitude de mencionadas provas ocasionaria em seu desentranhamento dos autos, verifica-se a extrema importância da discussão do presente assunto.

Por derradeiro, buscaremos uma solução para uniformizar o procedimento adotado para a obtenção de provas armazenadas no aparelho celular, deste modo, garantindo a fiabilidade do conteúdo probatório e a higidez do processo penal.

2. PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1 CONCEITO DE PROVA

Sabe-se que, para proceder à reconstrução histórica de um determinado fato, as provas são utilizadas como meio de alcançar a suposta realidade que precedeu o processo. Ou seja, as provas são uma consequência natural dos fatos e, sem estas, impossível seria constatar o que ocorreu e, por conseguinte, tomar uma decisão justa. Tem-se que as provas são os únicos recursos legítimos para aproximar-se da realidade dos fatos, ainda que seja impossível alcançar uma verdade absoluta.³

Derivado do latim *–probatio –*, o vocábulo “prova” diz respeito ao ato de verificação, inspeção, exame de algum fato, se relaciona com a ideia de argumentação, com o escopo de confirmação. De tal expressão, origina-se o verbo provar – *probare* – consistente na prática de verificar, constatar, examinar, se satisfazer com algo, trata-se da arte de persuasão em relação a algum fato.⁴

Em obra destinada exclusivamente ao estudo da prova, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart advertem que, ao buscarmos um conceito de prova, não devemos nos limitar as definições oferecidas pelo ramo do direito, vez que referido estudo interessa todos os ramos da ciência. Citando as obras de Lessona e Liebman, Marinoni e Arenhart esclarecem que:

Comumente, a definição de prova vem ligada à ideia de reconstrução (pesquisa) de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter certeza sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer a sua função. Assim, por exemplo, manifesta-se Lessona, dizendo que “provar, nesse sentido, significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhe a certeza do seu modo preciso de ser”⁵. Nessa mesma linha, Liebman define prova como sendo “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”.⁶⁷

³LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. s.p.

⁴NUCCI, Guilherme Souza. **Provas no Processo Penal**, 4ª edição. Forense, 2015. s.p.

⁵LESSONA, Carlos. **Teoria general de laprueba em derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1982. p.3.

⁶MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. apud LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual edidiritto processuale civile**: Principi. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992. 1 v. p.318.

⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.57

Concluindo o pensamento, Marinoni e Arenhart aduzem que as teorias que definem a prova como meio de reestabelecer fatos pretéritos, não possuem mais lugar na ciência jurídica, asseverando que tais ideologias devem ser superadas, vez que, na prática, são impossíveis de se materializarem, tendo em vista que o que já passou não pode mais ser alcançado⁸.

Ao fim, os autores chegam à conclusão de que, malgrado às críticas existentes, a definição de prova como um elemento argumentativo destinado a persuadir o julgador da tese aventada pela parte, proporciona um avanço no âmbito do direito processual e no aperfeiçoamento de seus instrumentos, possibilitando uma melhor apuração da realidade⁹:

Tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo. Como diz Taruffo, a prova “assume a função de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato”.¹⁰

Por sua vez, Gustavo Henrique Badaró, assevera que as provas tratam-se dos meios para se proceder à reconstrução histórica de fatos controversos, como, de praxe, ocorre no âmbito do processo penal, vez que, de um lado, tem-se a conduta criminalmente relevante imputada pela acusação, a qual, via de regra, é refutada ou amenizada pelas teses ventiladas pela defesa¹¹.

Desta feita, verifica-se a imprescindibilidade das provas para a correta apuração de uma suposta prática criminosa, tendo em vista que o responsável por realizar a reconstrução fática do ocorrido e, após isso, tomar uma decisão, não conhece as partes e, tampouco, teve contato prévio com os acontecimentos, de modo que o conjunto probatório lhe conduzira a sua decisão.

Nesse contexto, Badaró traz em voga as semelhanças entre o juiz e um historiador, mencionando que ambos têm o dever de realizar a reconstrução histórica de fatos que não presenciaram, contudo, ressaltando que o juiz tem sua atividade investigativa abalizada em relação aos fatos descritos na exordial acusatória, bem como, diferentemente do historiador, tem seus meios de pesquisa

⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.58.

⁹Ibid., p. 59.

¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. apud TARUFFO, Michele, **La prova dei fattigiuridici** – Nozionigenerali. p. 421.

¹¹BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.195

limitados, de modo que, para reconstrução dos fatos, não pode utilizar-se de provas produzidas em desrespeito ao ordenamento jurídico.

Por fim, o autor menciona que ao passo que o historiador, ante as incertezas de sua pesquisa, pode abandoná-la, vez que não existe a obrigação de se chegar a uma conclusão final, o magistrado, impreterivelmente, é obrigado a tomar uma decisão, mesmo diante de dubiezes em relação ao acontecimento investigado, ocasião em que deverá se valer do ônus da prova.

Sobre a definição de prova, os dizeres do professor Aury Lopes Jr:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade cognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (storyofthe case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.¹²

Não se olvida a imprescindibilidade de que as provas sejam obtidas em respeito as garantias fundamentais, todavia, sabe-se que nem sempre o processo penal transcorre da maneira ideal. Sobre a relação entre as provas e o procedimento de apuração de responsabilidade criminal, ensina Geraldo Prado:

Assim, a prova penal converte-se em chave explicativa de esquemas metodológicos diversos, que disputam a primazia de ditar o objetivo do <processo>. Ela é um dos principais elementos que, a depender do tratamento que receba, estabelece que tipo de processo penal vigora em determinada sociedade. Pode-se afirmar, portanto, que os laços que a prova estabelece entre os fatos e o direito, pautam a verdade e legitimam o processo penal conforme os paradigmas do estado de direito.¹³

Inobstante à pluralidade de conceitos referentes às provas, um entendimento prevalece unânime, de que estas são imprescindíveis para o desenvolvimento de um processo penal justo. Sendo assim, seja conduzindo o processo cognitivo do juiz, ou com um cunho argumentativo com a finalidade de convencê-lo, as provas consistem no cerne do processo, o qual seria inócuo ante sua inexistência.

¹²LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. s.p.

¹³PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.20.

2.2 FINALIDADE DAS PROVAS

É incontroverso que o objetivo das provas consiste em conduzir o julgador a uma decisão, a qual será tomada a partir da análise jurídica da história que foi reconstruída por intermédio da atividade probatória. Nesse aspecto, salienta-se a extrema importância de um processo probatório hígido. Sobre o propósito das provas, os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.¹⁴

Ao seu passo, Gustavo Henrique Badaró assevera que a parte mais complexa do processo consiste em promover a reconstrução histórica dos fatos, sem, contudo, desrespeitar as normas gerais que norteiam a investigação, produção e valoração das provas. Definindo a função das provas como sendo um meio de conduzir o julgador até a verdade.¹⁵

Ao discorrer sobre o objeto da prova, Badaró faz uma ressalva, esclarecendo que, muito embora alguns doutrinadores sustentem que os fatos são o objeto da prova, tal entendimento está equivocado, vez que o objeto do procedimento probatório não são os fatos, mas sim, as “alegações de fatos”. O autor conclui o pensamento afirmando que “Os fatos são acontecimentos históricos que existiram ou não existiram. Assim, os fatos ou existem ou são imaginários. O que pode ser verdadeiro ou falso e, portanto, passível de prova, são as afirmações quanto à existência do fato”.¹⁶

Em relação ao propósito das provas, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Se a prova é a demonstração lógica da realidade, com o objetivo de gerar, no magistrado, a certeza em relação aos fatos alegados, naturalmente, a finalidade da prova é a produção do convencimento do juiz no tocante à verdade *processual*, vale dizer, a verdade possível de ser alcançada no processo, seja conforme a realidade, ou não. O julgador deve ater-se à verdade processual para proferir o seu veredicto. Portanto, o esforço da parte, no contexto probatório, concentra-se na extração do maior número de elementos viáveis para a persuasão racional dos órgãos do Poder

¹⁴PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 333.

¹⁵BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 195.

¹⁶Ibid., p. 203.

Judiciário. Lembremos que a parte promove a produção da prova não somente para o juiz de 1.º grau, mas visando todas as instâncias pelas quais pode o processo percorrer.¹⁷

No que diz respeito à finalidade das provas, Aury Lopes Junior, mencionando os ensinamentos de Taruffo,¹⁸ aduz que para além da função de persuadir o julgador, as provas têm o escopo de “fazer crer”, ressaltando que o judiciário ainda encontra-se maculado por um simbolismo sagrado. Utilizando-se das palavras de Cordero, Aury Lopes Junior destaca que no que se refere às provas, o simbolismo também deve ser considerado na perspectiva da função persuasiva, “como atrativos para tentar uma captura psíquica”.¹⁹

Tratando das provas em um contexto processual regido pela estrutura acusatória e, reportando-se às lições de Taruffo, temos os seguintes apontamentos de Geraldo Prado acerca da finalidade das provas:

Assim, um processo penal que se pretende legitimado conforme o estado de direito não pode contentar-se em atribuir à prova mera função ritual, destinada a << reforçar na opinião pública o convencimento de que o sistema processual incrementa e respeita valores positivos>>.²⁰

Portanto, é indubitável que as provas, como instrumento indispensável para o processo, devem ser colhidas, produzidas e valoradas de acordo com os preceitos fundamentais, pois, do contrário, facilmente sua função poderá ser deturpada. Posto que, como visto, as provas não devem ser utilizados para comprovarem uma certeza pré existente, ou para acalantar os anseios da sociedade, pois, dessa maneira, estarão indo em sentido contrário a seu propósito primordial, que é possibilitar uma decisão que se aproxime o máximo possível do que entendemos por justiça.

2.3 PROVA E VERDADE.

A verdade, como se sabe, foi objeto de busca do processo penal, vez que trata-se do meio legítimo para alcançar um estado de certeza, distanciando-se da irresolução acerca dos fatos. Em análise pormenorizada sobre o tema, Geraldo Prado elucida que referia perseguição pela verdade não possui uma natureza

¹⁷NUCCI, Guilherme Souza. **Provas no Processo Penal**, 4ª edição. Forense, 2015. s.p.

¹⁸LOPES JR, Aury apud TARUFFO, Michele, **La prueba de los hechos**, p. 81.

¹⁹LOPES JR, Aury apud CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**, vol.2, p. 11.

²⁰PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.37.

antológica, nem, tampouco, possibilita, como se simples fosse, a condução dos personagens processuais até uma espécie de viagem pelo tempo, proporcionando a percepção dos fatos como realmente ocorreram.²¹

Convém salientar que essa busca pela verdade não pode ser desenfreada, a qualquer custo. Sendo assim, as provas que proporcionam a reconstrução, ficta, dos fatos devem seguir certos procedimentos, racionais e lógicos, distanciando-se dos diversos métodos, já experimentados pelo direito, de obtenção de verdade, tais como as ordálias e juízos de Deus, quando as provas eram produzidas sem qualquer racionalidade,²² única e exclusivamente, para legitimar uma punição.

Respeitando o devido processo legal, após avaliar as provas, o juiz encontra-se diante de uma verdade processual, a qual deverá ensejar uma absolvição ou condenação do acusado. Não podemos falar em verdade material, pois essa jamais será alcançada, visto que nem mesmo as partes do processo poderiam descrever, minuciosamente, a empreitada delitiva ao ponto de elucidarem os acontecimentos como de fato ocorreram.

Sobre a definição de verdade, Gustavo Henrique Badaró elucida que:

Atualmente, tem-se consciência de que a verdade absoluta ou antológica é algo inatingível. Verdade e certeza são conceitos relativos. A “verdade” atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido tal qual as provas demonstram. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O juiz tem certeza de um fato, quando acredita que seu conhecimento é verdadeiro. Todavia, esse acreditar é fundado numa verificação.²³

Ademais, tem-se que, ao longo da história do processo penal, por diversas vezes o princípio da verdade real foi utilizado como justificativa para utilização de práticas probatórias não previstas em lei, as quais inobservaram as garantias fundamentais e, por conseguinte, o devido processo legal, o que era legitimado pela busca incessante da verdade, como descrito por Eugênio Pacelli:

O aludido princípio, batizado como da *verdade real*, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial *supletivae substitutiva* da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos *autorizava*, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal

²¹PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.35

²²PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 21. Ed. São Paulo: Atlas. p. 337.

²³BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 195.

não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de *convicção* e de *atuação*, do juiz, impedem-no.²⁴

Em que pese à “verdade real”, tão almejada pela sociedade como sendo o único meio de fazer justiça, seja impossível de ser alcançada, temos que a produção de provas, além de ter a função de conduzir o julgador a uma decisão justa, serve para instaurar nos cidadãos um sentimento de que, através do processo penal, podemos chegar até a veracidade dos fatos, pois é útil que estes pensem de tal maneira.²⁵

Pois, do contrário, em face à incerteza da sociedade em relação à precisão do processo penal em, por intermédio da coleta, produção e valoração de provas, alcançar a tão esperada verdade real, o procedimento entraria em um descrédito, deixando de ser, perante os olhos do povo, um meio imprescindível para se chegar à sanção.

Nessa linha, Badaró afirma que, em que pese à verdade judicial não se aproxime de uma realidade absoluta, esta deve chegar o mais próximo possível daquilo que é considerado como verdade. Esclarecendo que, embora não seja possível alcançar uma verdade incontestável dos fatos, não devemos desistir de persegui-la, vez que esta é a única maneira de proferir uma decisão justa.²⁶

Por sua vez, Geraldo Prado salienta a necessidade de se dar às questões probatórias a importância devida, vez que consiste em um procedimento complexo e delicado, desse modo, afastando-se das formas autoritárias e aproximando-se de um procedimento conformado ao estado de direito. Sobre a importância das questões probatórias a partir da superação da “busca pela verdade real”, os dizeres de Geraldo Prado:

Enquanto o passado inquisitorial brasileiro fundava o processo na << busca da verdade real >>, como chave para a admissão de quaisquer práticas probatórias capazes de sustentar o convencimento do juiz acerca da culpabilidade do suspeito e/ou acusado, e, portanto, a temática da prova estava despida de maior complexidade, a domesticação do poder punitivo pelo Estado de direito reconheceu o caráter sensível e sofisticados da atividade probatória.²⁷

²⁴PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.339.

²⁵LOPES JUNIOR, Aury. apud. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. p. 83.

²⁶BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.196.

²⁷PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.21.

Embora alguns autores persistam em mencionar a busca da verdade real como sendo o papel mais importante a ser desempenhado pelo processo penal, temos que, com a instauração de um Estado de direito, e, por consequência, a limitação ao poder e ao modo de punir do Estado, esse instituto vem sendo superado.

Todavia, em alguns casos concretos, a busca pela verdade real é utilizada como argumento principal e apto a legitimar a utilização de provas que não foram produzidas respeitando as normas de direito material bem como preceitos fundamentais, sobre tudo, ante a “falácia” de que o julgador não pode “fechar os olhos” para os fatos que são postos a sua frente, invocando-se assim, o princípio do livre convencimento do Magistrado, o qual não poderia ignorar acontecimentos em razão do modo como foram trazidos ao processo.

Por sua vez, levantando a hipótese de um confronto entre princípios constitucionais de igual relevância, Edilson Mougnot Bonfim aduz a necessidade de aplicação do princípio da “proporcionalidade”. Ou seja, Mougnot sustenta que, em certos casos, em que a inadmissibilidade de uma prova ilícita pode ferir outro princípio Constitucional, o Magistrado devera fazer uma valoração dos bens jurídicos em análise, para que, dessa maneira, decida pela admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, caso o seu desentranhamento viole um princípio de mais importância, em relação ao que foi ignorado para a produção da prova.²⁸

Nesse contexto, Mougnot, mencionando o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque, invoca a busca pela verdade real, bem como o princípio do livre convencimento do Juiz, como sendo institutos idôneos para viabilizar a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, nos seguintes termos:

Assim, a busca da verdade real ganha amplitude no moderno processo penal, uma vez que a inadmissibilidade absoluta de provas obtidas por meios ilícitos, conquanto notá vel garantia constitucional-processual, afronta o princípio do livre convencimento do juiz, na medida em que obriga o magistrado a desconsiderar a realidade, ou seja, a busca da verdade real. Por isso, conforme assevera José Roberto dos Santos Bedaque, “não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas. Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se elas já se encontrarem nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma oposta àquela decorrente da sua convicção?”^{32.29}

²⁸MOUGNOT, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 317 p.317.

²⁹Idem.

Entretanto, apreciar as provas que, por sua essência, são inidôneas, além de comprometer a higidez do processo, em face à quebra da cadeia de custódia das provas, trata-se de um procedimento extremamente nocivo ao devido processo legal.

Como se sabe, a Constituição proíbe a utilização de referidas provas por um motivo, vez que, ante a incerteza sobre a veracidade destas, tendo em vista que foram contaminadas em algum momento, sua utilização pode acarretar em uma extrema injustiça e, a ilusória “verdade real”, muito provavelmente, se limitara a uma verdade premeditada, plantada, construída, com o escopo de legitimar a punição de um indivíduo em face a ausência de elementos, legítimos, aptos a condená-lo.

Deste modo, em sentido contrário a suas pretensões, o Juiz que, em face ao princípio do livre convencimento e, em perseguição à “verdade real”, constrói sua decisão baseado em provas colhidas à margem do devido processo legal, esta muito distante de uma suposta verdade dos fatos, mas sim, aproxima-se das formas autoritárias de julgamento, as quais alimentam a insegurança jurídica, na hipótese em que qualquer processado encontra-se em uma descabida situação de insegurança jurídica, posto que, a qualquer momento, pode surgir uma prova “cabal” incriminadora, que conduz o processo todo a um fim específico, a condenação.

2.4 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO; ATOS DE PROVA E ATOS DE INVESTIGAÇÃO.

Por ocasião da reconstituição dos fatos, devem ser respeitadas as normas legais que norteiam a investigação, produção e valoração de provas, conforme ensina Gustavo Henrique Badaró, nos fornecendo um conceito pormenorizado de prova, e suas demais acepções:

A palavra prova é polissêmica e seu estudo transcende ao Direito, envolvendo a Epistemologia, a Semiótica, a Psicologia e outras ciências afins. Numa primeira aproximação, prova é tudo que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém. No entanto, esta é apenas uma das acepções do vocábulo prova. Tanto na linguagem comum quanto no campo do direito, a palavra prova possui outros significados. É comum indicar pelo menos três deles: (1) atividade probatória (2) meio de prova(3) resultado probatório.³⁰

³⁰BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 196.

A prova compreendida como atividade probatória, consiste na totalidade de atos praticados, pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, com o escopo de realizar a verificação dos fatos ocorridos, objetivando a reconstrução histórica dos acontecimentos. Quando se fala em “meios de prova”, estamos diante da maneira pela qual as fontes probatórias serão inclusas no processo. Por fim, o ilustre professor discorre sobre o resultado probatório:

Finalmente, a prova pode ser identificada com o resultado probatório, isto é, o convencimento que os meios de prova geram nos juízes e nas partes. Nesse sentido, por exemplo, o artigo 312 do Código de Processo Penal se refere à “prova da existência do crime”.³¹

Sobre as acepções de prova, Guilherme Souza Nucci descreve que:

O termo *prova* possui, fundamentalmente, três sentidos: a) como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova); b) como *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) como *resultado*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo.³²

Aury Lopes Jr estabelece, ainda, a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de provas. Em relação aos meios de provas, compreende-se todos os recursos dos quais se proporciona ao juiz a atividade cognitiva dos fatos, da qual seus resultados probatórios poderão ser utilizados na sentença, tais como a prova testemunhal, os documentos, as perícias etc.

Quando nos referimos aos meios de obtenção de prova (*mezzi diri della prova*), estamos diante de instrumentos intermediadores do processo probatório, não tratando-se da prova propriamente dita. Ou seja, os meios de obtenção de prova não são fontes de conhecimento do juiz, no entanto, são meios que nos proporcionam caminhos para chegar à prova, tais como a delação premiada, busca e apreensão e interceptação telefônicas.³³

Após a coleta e a produção das provas perante o juízo, o magistrado deverá proceder à avaliação dos resultados probatórios, escolhendo as provas que julga estarem em consonância com os fatos pretéritos.

³¹Ibid., 197.

³²NUCCI, Guilherme Souza. **Provas no Processo Penal**, 4ª edição. Forense, 2015. s.p.

³³LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.352.

Em relação ao sistema de avaliação de provas, vale apontar as elucubrações de Guilherme de Souza Nucci, o qual dividiu o referido sistema em três. Quando o magistrado, livremente, valora as provas de acordo com a sua íntima convicção, tal como ocorre no Tribunal do Júri, estamos diante do sistema de livre convicção.³⁴

De outro norte, quando as provas já possuem um valor pré estabelecido no processo, ocorrendo uma valoração taxada ou tarifada destas, nos referimos as provas legais, ocasião em que o magistrado encontra-se atrelado aos critérios impostos pelo legislador, desse modo, tendo uma restrição a sua atividade de julgar. Sobre o referido sistema de valoração, as considerações de Guilherme de Souza Nucci:

Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exige determinada forma para a produção de alguma prova, v.g., art. 158, APP, demandando o exame de corpo de delito para a formação de materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando sua produção através da confissão.³⁵

No que concerne ao sistema de provas descrito pelo autor, ressalta-se que são os casos em que a empreitada delituosa deixa vestígios, como por exemplo, nos delitos de furto com rompimento ou destruição de obstáculo, bem como naqueles perpetrados com emprego de chave falsa, no entanto, em relação à referidos crimes, existe divergência na jurisprudência sobre a possibilidade de se provar os fatos a partir da confissão.

Por último, temos o sistema da persuasão racional, que consiste em um método híbrido, o qual também é conhecido como: convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Tem-se que referido sistema é predominante no processo penal brasileiro, possuindo, inclusive, previsão constitucional (art. 93, IX), a qual confere ao juiz a possibilidade de julgar de acordo com seu livre convencimento, desde que devidamente fundamentado. Sobre a liberdade de produção das provas, Nucci leciona que:

A liberdade de apreciação da prova (art. 157, cpp) não significa que o magistrado possa fazer a sua opinião pessoal ou vivência acerca de algo integrar o conjunto probatório, tornando-se, pois, prova. O juiz extrai a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, mas não presta

³⁴NUCCI, Guilherme Souza. **Provas no Processo Penal**, 4ª edição. Forense, 2015. s.p.

³⁵Idem.

depoimento pessoal, nem expõem suas ideias como se fossem fatos incontroversos.³⁶

Desse modo, ante a multiplicidade de maneiras para a obtenção, produção e valoração das provas, mais uma vez deve se atentar para imprescindibilidade de que referidos atos procedam à luz da Constituição Federal, ocasião em que todo o resultado probatório, efetivamente, será idôneo e, conseqüentemente, apto a servir de sustentáculo para uma sentença.

No que diz respeito aos meios de obtenção de prova, sobretudo, ao acesso aos dados telefônicos do abordado/investigado/acusado, verifica-se a necessidade de extrema cautela com referidos “instrumentos intermediadores”, posto que, conforme exposto acima, estes consistem em meios que proporcionam caminhos para se chegar até as provas, os quais, uma vez traçados em contrariedade ao ordenamento jurídico, podem comprometer todo o seu resultado.

Salienta-se que o acesso aos dados telefônicos, a nosso ver, trata-se de um meio de obtenção de prova, vez que, através dele, podem ser encontrados uma infinidade de conteúdos relevantes para a investigação criminal, desse modo, referido acesso deve ocorrer com maior cautela, preservando a cadeia de custódia probatória, pois, do contrário, propensos resultados probatórios não poderão ser utilizados pelo julgador para formar seu convencimento.

Ante a vasta capacidade do aparelho celular de armazenar provas, bem como de produzi-las instantaneamente, encontra-se a peculiaridade do acesso aos dados telefônicos, o que explica o motivo do tema ser tão controverso no âmbito judicial e acadêmico.

Por um lado, temos a possibilidade da autoridade policial, rapidamente, “solucionar” o caso que investiga, visto que os aparelhos celulares podem trazer informações da vida inteira de uma pessoa³⁷.

Nessa guisa, não podemos deixar de falar sobre o encontro fortuito de provas, o que ocorre corriqueiramente em se tratando de acesso aos dados telefônicos.

³⁶NUCCI, Guilherme Souza. **Provas no Processo Penal**, 4ª edição. Forense, 2015. s.p.

³⁷O celular é capaz de guardar uma enorme quantidade de dados pessoais, como por exemplo: álbum de fotos, música e vídeos pessoais, mensagens trocadas por e-mails e mídias sociais, comprovantes de transações financeiras, aplicativo de bancos que permitem o acesso aos dados e transações, registro de chamadas, agenda telefônica, agenda pessoal digital, bloco de notas, localizador GPS com histórico, pastas de documentos compartilhadas, histórico de navegação na internet, registro de gravações pessoais e até de conversas etc. GARCIA, Rafael de Deus. **Acesso a dados em celular exige autorização judicial**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-06/rafael-garcia-acesso-dados-celular-exige-autorizacao-judicial>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Imaginemos que, em revista pessoal a um indivíduo, os agentes públicos localizam uma quantidade de drogas e, com o escopo de encontrar provas do tráfico ou de localizar mais substâncias entorpecentes, realizam a devassa dos dados telefônicos, sem prévia autorização judicial ou do abordado, ocasião em que localizam provas de outro delito, como por exemplo, imagens de pornografia infantil.³⁸

Entendemos que, se a devassa dos dados tivesse procedido em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, não violando o direito fundamental a privacidade e intimidade do abordado, estas, perfeitamente, poderiam ser utilizadas para ensejar a instauração de uma investigação criminal, em que pese a grande maioria da doutrina entenda que o material localizado possa ser tido como prova do novo delito³⁹

Nesse sentido, também, o entendimento de Aury Lopes Junior:

Em suma, essa é a nossa posição, sem negar a possibilidade de que prova obtida a partir do desvio causal sirva como starter da investigação do novo crime (se preferir, como notícia-crime)⁹⁵, sendo assim uma “fonte de prova”, mas não como “prova”. Não será “a” prova, mas um elemento indiciário para o início da investigação, de modo que nova investigação pode ser instaurada e novas buscas, interceptações etc. podem ser adotadas. Mas a prova desse crime deve ser construída de forma autônoma⁴⁰.

Entretanto, fazemos a ressalva de que, nos casos em que referida prova não deixe quaisquer dúvidas acerca da prática do delito, como por exemplo, um vídeo que exhibe o abordado/investigado/acusado praticando um crime de estupro, neste caso, e apenas em se tratando de provas absolutas que apresentem a autoria e materialidade do delito de maneira irrefutável, estas poderiam ser utilizadas como prova, sobre tudo, pelo fato de que não poderiam ser repetidas.

De outro norte, quando o encontro fortuito de provas propicia documentos, conversas, dentro outros indícios que indicam que o interessado possa ser o autor de um determinado delito, referido conteúdo probatório, necessariamente, deverá ser corroborado de outras provas produzidas em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois, do contrário, qualquer conteúdo, localizado por ocasião da devassa dos dados telefônicos, poderia sustentar um decreto condenatório em relação a um fato distinto do que gerou a ação policial, mais uma vez, causando uma enorme insegurança jurídica ao futuro acusado.

³⁸LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.384.

³⁹LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. s.p.

⁴⁰Idem.

Nesse diapasão, impende consignar que, uma vez que referidas provas tenham sido produzidas em violação aos direitos fundamentais do abordado, estas sequer poderiam ser utilizadas para a instauração de um inquérito, visto que, conforme já destacado, ante a facilidade de se adicionar ou excluir dados de um aparelho celular, não há como se garantir que estas provas não foram alteradas, desse modo, ferindo o princípio da *mesmidade*.

Não restam dúvidas de que o acesso aos dados telefônicos, à margem da ampla defesa e do contraditório, macula o resultado probatório obtido, visto que, conforme os ensinamentos de Geraldo Prado, quanto maior a manipulação das provas, maior a sua exposição, desse modo, ficando impossível constatar que a prova apresentada em juízo trata-se daquela que encontrava-se, originalmente, armazenada no aparelho.⁴¹

Por outro lado, uma vez preservada a fonte probatória, com a devida cautela, referido meio de obtenção de provas poderá ser utilizado na persecução penal, ocasião em que devera ocorrer a devassa dos dados por um profissional capacitado e na presença da defesa, assim, legitimando todo o conteúdo probatório que poderá vir a ser encontrado mediante o acesso aos dados telefônicos.

Acresce-se, ainda, que em casos de menor complexidade e, levando em consideração a enorme quantia de aparelhos celulares que aguardam na fila para serem periciados, referida devassa poderia ser operada por um agente comum, desde que na presença de um representante do interessado e, caso seja possível, de um membro do Ministério Público, objetivando a maior celeridade da instrução processual, sem, contudo, comprometer o devido processo legal.

Posto isso, mister se faz destacar que, com a mesma facilidade que a autoridade policial pode “resolver” um caso, encontrando provas cabais sobre determinada prática delituosa, ou, até mesmo, sobre inúmeros delitos que foram, ou serão praticados, ao acessar referidos dados a margem do contraditório e na ausência de um perito, as informações podem ser, facilmente, manipuladas, excluídas, ou até mesmo implantadas, como já ressaltado.

Não se olvida a importância que o referido meio de obtenção de provas possui, ainda mais atualmente, vez que todas as pessoas não saem de casa sem seu aparelho celular, o qual funciona como uma espécie de computador portátil. O

⁴¹PRADO, Geraldo. “**Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas**”, in Boletim do IBCCrim, n. 262, setembro de 2014, p. 16-17. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal#_edn >. Acesso em 17 setembro 2018.

que se discute é a maneira com que estas provas podem ser trazidas aos autos, sem que tenham seu conteúdo contaminado e, por conseguinte, gerando uma injustiça, por muitas vezes irreparável.

Desde já, infere-se que, em face á apreensão de um aparelho celular, ante a suspeita de que possa conter informações relevantes para uma investigação criminal, este deveria ser acondicionado em um recipiente e devidamente lacrado, vez que, além de não possuírem capacidade técnica para realizar a devassa dos dados, o acesso ao conteúdo telefônico realizado pelos policiais militares consiste em um abuso de autoridade, o qual se torna ainda mais grave quando os agentes obrigam o abordado a fornecer a senha de acesso, situação que, infelizmente, ocorre de maneira corriqueira nas abordagens.

Além do mais, tem-se que a mera suspeita de que o aparelho celular do abordado possa conter informações pertinentes em relação a alguma prática criminosa, não se mostra suficiente para suprimir os direitos fundamentais deste, devendo a devassa ser precedida de fundamentação idônea, em razão da importância dos princípios fundamentais que serão relativizados, visto que, referida violação, pode gerar maior prejuízo ao interessado que a própria persecução penal.

Para melhor esclarecer a imprescindibilidade de motivação para o acesso aos dados telefônicos, nos permitimos fazer uma analogia à fundamentação exigida para a concessão de interceptação telefônica (métodos ocultos de obtenção de prova), sustentada por Geraldo Prado, vez que, igualmente ao acesso aos dados telefônicos, referida medida se mostra extremamente invasiva no que concerne a privacidade do acusado.

Alias, ressalta-se que os dados constantes no aparelho celular encontram-se em situação ainda mais vulnerável do que as informações adquiridas por intermédios de interceptações telefônicas, pelo simples fato de que, ao passo que é possível verificar a autoria das conversas captadas mediante a interceptação, em sentido contrário, muitas das informações constantes no dispositivo “vasculhado” não podem ser localizadas até sua origem, não sendo possível constatar a “autoria” dos dados, vez que podem ter sido inseridos por pessoa diversa do proprietário do aparelho.

Sobre a imprescindibilidade de motivação para o emprego de métodos ocultos de obtenção de provas, os ensinamentos de Geraldo Prado:

O papel da motivação da decisão é essencial à legitimação dela própria sob o ângulo do estado de direito, e no âmbito do processo penal constitucional a estrutura da decisão revela-se ainda mais saliente porque além de se cogitar do acerto <<decidido>> é necessário interrogar sobre os caminhos percorridos para o acesso aos meios e fontes de provas, ou, para empregar a terminologia que se vai consagrando no direito europeu aos <<meios de investigação de prova>> e aos <<meios de prova>>. ⁴²

Concluindo seu pensamento, Geraldo Prado salienta que a motivação despendida para possibilitar o emprego de métodos ocultos de obtenção de prova deve, imprescindivelmente, indicar a real necessidade de imposição de referida medida, bem como, devendo delinear os meios de sua execução e fiscalização ⁴³

Neste ponto, resta claro que a devassa dos dados, em desrespeito a intimidade e privacidade do interessado, além de ser inconstitucional, trás vícios irreparáveis para o procedimento de apuração de responsabilidade do réu, tendo em vista que, o acesso procedido de tal maneira impossibilita qualquer fiscalização do *modus operandi* utilizado pelo agente público na realização da devassa, desse modo, tornando todo o conteúdo ilícito.

Não fosse o bastante, tem-se que tal prática torna impossível a realização de um julgamento justo, tendo em vista a inexistência de paridade de armas entre a acusação e a defesa, de tal modo, devendo todo o conteúdo obtido ser excluído dos autos, com o escopo de equilibrar o exercício da ampla defesa e do contraditório, Referido controle de legalidade de provas, o qual teve sua origem no sistema Norte Americano, é denominado de *Exclusyony Rules*. ⁴⁴

Para que haja a paridade de armas entre as partes, é imprescindível que estas tenham a possibilidade de tomar ciência a respeito de todas as provas que serão produzidas ao longo da instrução, pois, só assim, poderão exercer o controle de legalidade do acesso às fontes de provas ⁴⁵

Sobre o funcionamento das *Discovery devices*, as elucidações de Geraldo Prado:

O funcionamento eficaz das *Discovery devices* dependem, porém, da estruturação do procedimento penal que tenha aptidão para viabilizar o controle pelas partes da atividade probatória do adversário – e sua consequente licitude – e também da prescrição ao juiz criminal de papel destacado de fiscalização de regularidade procedimental, em um contexto

⁴²PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.78.

⁴³ Ibid., p.79

⁴⁴ PRADO, op.cit. p.52.

⁴⁵PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.54.

em que a atividade jurisdicional penal é concebida como de tutela da Constituição e das leis.⁴⁶

Portanto, tem-se que a *Discovery* e as *Discovery devices* nasceram para possibilitar o acesso às fontes das prova produzidas pela parte contrária, para que, dessa maneira, possa atestar a efetiva legalidade da produção probatória, a qual só poderá ser comprovada em face ao rastreo da origem das provas.

Posto isso, salienta-se que o acesso aos dados telefônicos sem prévia autorização e, por conseguinte, sem qualquer comprovação da real necessidade da medida e, tampouco, fiscalização da devassa operada, impossibilita que a parte contrária tenha acesso aos elementos informativos necessários para comprovar a idoneidade da prova, desse modo, contaminando todo conteúdo decorrente de referida fonte de prova.

Sobre a paridade de armas, ensina Geraldo Prado:

A paridade de armas sucumbe na hipótese de a acusação, por si ou através da polícia, vir a dispor de amplo conjunto de informações e este acervo terminar sonogado a defesa, ainda que parcialmente, porque não foi devidamente ou até por que foi suprimido.⁴⁷

Sendo assim, entendemos que, ante ausência de motivação e fiscalização do acesso aos dados telefônicos sem prévia autorização, deve se presumir a supressão de elementos informativos, ou, até mesmo, deturpação do conteúdo constante no dispositivo, vez que, em sentido contrário aos casos de interceptação telefônica, nos quais se pode realizar uma perícia para constatar referida prática, é impossível obter tais informações no que tange aos dados telefônicos, em razão da ausência de fiscalização da devassa realizada.

Convém salientar, ainda, a importância da distinção entre os legítimos atos de provas e os atos de investigações, os quais são produzidos em fase pré-processual.

Em relação aos atos de prova, temos o conceito fornecido por Aury Lopes Junior, o qual afirma que estes tem o escopo de convencer o julgador de uma afirmação, de modo que integram e estão a serviço do processo penal. Acrescentando que referidos atos devem observar a publicidade, contradição e imediação, devendo ser praticados ante o juiz que julgará o processo, enfatizando

⁴⁶Idem.

⁴⁷op.cit. p.57.

que estes devem servir a sentença, formando a convicção do magistrado para o julgamento final.⁴⁸

De outro norte, temos os atos de investigação, os quais não dizem respeito a uma afirmação, mas sim a uma suposição, servindo pra formar um juízo de probabilidade e não de convicção do juiz, vez que integram a investigação preliminar, não sendo necessária a observância da publicidade, contradição e imediação. Ressalta-se que tais atos não servem para embasar a sentença, de modo que são praticados com o escopo de justificar a instauração, ou não, do processo penal⁴⁹.

Nessa linha, verifica-se que, diferentemente dos atos de prova, a investigação não tem a finalidade de, por meio das informações colhidas, conduzir o magistrado a uma decisão, mas sim, de analisar a viabilidade ou não de instauração do processo penal, ante a certeza da materialidade do delito e indícios de autoria, que será comprovada no devido processo legal, ocasião em que deverão ser respeitadas todas as garantias fundamentais do acusado.

Por fim, Aury Lopes Junior conclui seus apontamentos nos seguintes termos:

Partindo dessa distinção, conclui-se facilmente que o inquérito policial somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo. Somente são considerados atos de prova e, portanto, aptos a fundamentarem a sentença, aqueles praticados dentro do processo, à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo penal.⁵⁰

Malgrado a jurisprudência majoritária entenda que, em regra, os atos praticados por ocasião da fase de inquérito, desde que acompanhados de provas produzidas sobre o manto do contraditório e da ampla defesa⁵¹, são idôneos para sustentar uma sentença, referida possibilidade deve ser analisada com cautela,

⁴⁸LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.353

⁴⁹Idem.

⁵⁰LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 353.

⁵¹ "A prova policial só deve ser desprezada, afastada, como elemento válido e aceitável de convicção, quando totalmente ausente prova judicial confirmatória ou quando desmentida, contrariada ou nulificada pelos elementos probantes colhidos em juízo através de regular instrução. Havendo, porém, prova produzida no contraditório, ainda que enos consistente, pode e deve aquela ser considerada e chamada para, em conjunto com esta, compor quadro probante suficientemente nítido e preciso" RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa nº 697044055. Relator: Relator: José Eugênio Tedesco. **Diário Oficial**. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=697044055&num_processo=697044055&codEmenta=330887&temIntTeor=false>. Acesso em: 17 set. 2018.

devendo tratar-se de exceção, pois, como se sabe, as provas colhidas à margem do contraditório podem ser extremamente prejudiciais para o acusado, bem como para o processo, vindo a contaminá-lo por inteiro.

Por outro lado, no que diz respeito à hipótese de uma condenação baseada, única e exclusivamente, em provas obtidas em fase extrajudicial, a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica, como salienta Nucci, vez que tanto o STF⁵², quanto o STJ⁵³ já se pronunciaram a respeito. Ambos os tribunais entendem que, nesse caso, deve ocorrer uma limitação à persuasão racional do juiz, aduzindo que este não pode prolatar um decreto condenatório consubstanciado apenas em provas produzidas durante o inquérito policial.

Desse modo, verifica-se que, malgrado tais provas possam ser utilizadas pelo magistrado, estas, impreterivelmente, deverão ser corroboradas de elementos produzidos sob o manto da ampla defesa e do contraditório, pois, do contrário, as sentenças poderiam ser proferidas com o encerramento no inquérito policial, desse modo, afastando-se de um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, se mostra imprescindível a distinção entre o que é considerado atos de prova e atos de investigação. Vejamos, o acesso imediato aos dados telefônicos pelo policial militar, por ocasião da abordagem e sem a devida autorização, trazendo fortes indícios de que o indivíduo mantém em depósito substâncias entorpecentes em sua residência, trata-se de meros atos de investigação, os quais estariam completamente contaminados ante a ilegalidade da atuação do agente público, desse modo, prejudicando a instauração do inquérito

⁵²“Segundo entendimento pacífico desta Corte não podem subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.660. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 30 de novembro de 2010. Brasília, 30 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621569>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁵³“Nos termos do art. 155 do CPP, é inadmissível a condenação baseada unicamente em elementos colhidos na fase inquisitorial, sem a submissão ao crivo do contraditório. Entretanto, no caso dos autos, a vítima, filha do agressor, retratou em juízo, tendo o Tribunal de origem utilizado do seu depoimento, prestado no inquérito policial, bem como dos depoimentos prestados em juízo pela sua irmã e pelas Conselheiras Tutelares que acompanhavam a ofendida desde o acontecimento dos fatos e mantiveram a assertiva da prática do delito pelo paciente. Não há falar no afastamento do que ficou consignado pelo Tribunal de origem quanto à materialidade e autoria do delito, tendo em vista o necessário reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 259567. Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). Brasília, DF, 23 de outubro de 2014. Brasília, 10 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=259567&&b=ACOR&thesaurus=JURIDI CO&p=true>>. Acesso em: 17 set. 2018.

policial, visto que, com a decretação da nulidade dos indícios, não existiria quaisquer provas da prática delitiva e, levando em consideração a teoria dos frutos da árvore envenenada, inexistindo justa causa para a persecução penal

Habitualmente, no âmbito do processo penal, principalmente por ocasião da prisão em flagrante e durante o inquérito policial, na ânsia de coletar provas, “cabais”, da prática de delitos, estas são produzidas de pronto, sem qualquer autorização judicial, sob a justificativa de que referidas provas possam se perder, ou virem a serem excluídas propositalmente, como sustentado nos casos dos dados telefônicos, os quais podem ser excluídos de maneira remota.

Todavia, referidos atos investigatórios, por muitas vezes, são os únicos elementos incriminadores, os quais, desta maneira, passam a ser utilizados como prova. O fato de se realizar perícia de um celular que já teve seu conteúdo defasado é inócuo, pois não passa de uma mera formalidade com o escopo de “legitimar uma certeza pré-existente no processo”.

Nesse contexto, convém trazer em voga os princípios da mesmidade e da desconfiança, citados por Geraldo Prado em seu artigo complementar a respeito da quebra da cadeia de custódia, posto que, uma vez que não se pode confiar “de olhos fechados” em um agente público, quem garante que este, ao realizar a devassa na ausência do abordado e de qualquer outro representante de seus direitos, não irá alterar o conteúdo originário constante no dispositivo, desse modo, impossível seria atestar que a prova trazida aos autos é a mesma prova que estava, originariamente, no dispositivo.⁵⁴

Adianta-se que a maneira correta para a obtenção das provas constantes no aparelho celular seria, após a apreensão do dispositivo, acondicioná-lo em um recipiente lacrado, encaminhando até a delegacia, devendo a devassa ser realizada, impreterivelmente, na presença de um advogado de defesa e, se possível, um membro do Ministério Público, desse modo, preservando o conteúdo probatório.

Do contrário, todo o procedimento penal voltado para elucidar os fatos, para tanto, respeitando a ampla defesa e o contraditório, se torna irrelevante, visto que o próprio policial já teve acesso à “mãe das provas”⁵⁵, assim, após a “prisão em

⁵⁴PRADO, Geraldo. “**Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas**”, in Boletim do IBCCrim, n. 262, setembro de 2014, p. 16-17. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal#_edn >. Acesso em 17 setembro 2018.

⁵⁵Ao usarmos o termo “mãe das provas”, nos referimos à possibilidade de o aparelho celular produzir diversas espécies de provas, em razão da infinidade de aplicativos de comunicação, informativos de localização, dentre outras funcionalidades, as quais podem ser facilmente manipuladas.

flagrante” do acusado, o processo penal se resume à uma formalidade legitimadora do *ius puniendi* do Estado.

Sendo assim, conclui-se que, para que os dados telefônicos possam vir a serem considerados atos de prova e, por conseguinte, utilizados pelo juiz na formação de seu convencimento, sua obtenção deve, necessariamente, observar os princípios da publicidade, contraditório e ampla defesa, pois, do contrário, não passam de meros indícios de origem duvidosas, vez que facilmente podem ter sido contaminados em face à quebra da cadeia de custódia das provas pretendidas.

3.DAS PROVAS ILEGAIS

Em seu artigo 5º, inciso LVI⁵⁶, a nossa Constituição prevê a impossibilidade de utilização de provas obtidas de maneira ilícita, disposição que se estende as suas derivadas, posto que a redação do artigo 157 §1º do Código de Processo Penal dispõe sobre a inadmissibilidade das provas decorrentes das ilícitas, nos casos em que houver nexo de causalidade entre umas e outras.

A importância de tal vedação é tamanha, que nossa Carta Magna, com escopo de assegurar um procedimento de julgamento justo, escolheu um de seus artigos de maior importância, o qual dispõe sobre as garantias e direitos fundamentais, tidos como cláusulas pétreas, para incluir o direito a um processo penal hígido, livre de provas contaminadas, quais sejam, as ilícitas.

Efetivando o referido preceito fundamental, temos o artigo 157, §1º, do Código de Processo penal⁵⁷, o qual dispõe que, igualmente, deverão ser desentranhadas dos autos as provas derivadas das ilícitas, pois, do contrário, as provas obtidas em contrariedade ao ordenamento jurídico, por intermédio de suas decorrentes, atingiriam seu fim, tornando-se inócua referida vedação Constitucional.

Todavia, em alguns casos, abre-se uma exceção em relação às provas derivadas das ilícitas, visto que, quando estas poderem ser obtidas por outros meios, ou trazidas aos autos sem qualquer nexo de causalidade com às alcançadas de maneira ilícita, serão admitidas no processo.

⁵⁶Art. 5º - LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 setembro 2018.

⁵⁷Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 setembro 2018.

Posto isso, convém fazer algumas considerações a respeito das provas ilegais, as quais, em regra, devem ser mantidas fora do procedimento de apuração dos fatos.

As provas obtidas em contrariedade ao ordenamento jurídico, denominadas de provas ilegais, se dividem em duas espécies, provas ilegítimas e ilícitas. Quando a atividade probatória é realizada a margem de alguma norma processual, estamos diante de uma prova ilegítima, de modo que sua produção gera apenas uma sanção processual, vez que referida prova será considerada nula, contudo, poderá ser produzida novamente, desde que respeitada às normas processuais⁵⁸.

De outro norte, quando estamos diante de provas que violam regras de direito material ou que são colhidas com inobservância às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, estas devem ser consideradas ilícitas, de forma que serão inadmissíveis no processo. Referidas provas não serão passíveis de repetição, vez que o vício ocorreu no instante em que foram obtidas, ou seja, fora do processo.⁵⁹ Sobre o temas, os ensinamentos de Eugênio Pacelli:

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias. No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade etc.). De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova –, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa. Na realidade, o tema da inadmissibilidade das provas ilícitas oferece inúmeros desdobramentos, não só no âmbito da prova, como também no campo da própria concepção do Direito que haverá de revelar o intérprete, por ocasião da tarefa hermenêutica.⁶⁰

Em tempos pretéritos a Constituição Federal, já eram impostas sanções aos que realizavam produção de provas em contrariedade as normas materiais, como por exemplo, nos casos de violação a domicílio. Todavia, referidas punições se limitavam ao direito material, ou seja, aplicava-se uma sanção para quem produziu a

⁵⁸BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 205.

⁵⁹LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.205.

⁶⁰PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.350

prova, em razão do modo que se deu sua obtenção, porém, referida prova ilegal era admitida normalmente no processo, como se lícita fosse.⁶¹

Com a chegada da Constituição Federal, para além de uma sanção de direito material na esfera penal e civil, a qual recaía sobre os autores de provas produzidas em contrariedade ao ordenamento jurídico, estas passaram há não serem mais admitidas no processo, conforme elucida Badaró:

A constituição, ao assegurar a inadmissibilidade processual de provas ilícitas, estabeleceu uma “ponte” entre os dois planos, do direito material e do direito processual. A “inadmissibilidade” é uma “sanção” processual, para a violação de uma regra material. Com isso, uma violação de regra material (p.ex.: violação de correspondência) também uma sanção processual. Em suma, as provas ilícitas, atualmente, são sancionadas tanto no plano material, com a pena pelo delito correspondente, como no campo processual, com a inadmissibilidade de tal prova.⁶²

Convém salientar que tal mudança trouxe efetividade à referida violação, posto que, malgrado a conduta já fosse reprimida anteriormente, com uma sanção autônoma, em face à violação as normas materiais, sua consequência: a prova ilícita, razão da proibição, poderia ser utilizada normalmente, causando uma insegurança jurídica no âmbito processual.

Igualmente, conforme ressaltado acima, imperioso se faz o desentranhamento das provas derivadas das obtidas por meios ilícitos, quando estas não pudessem ser trazidas ao processo por outros meios, ou, quando constatada a existência de nexo causal entre umas e outras.

Tal medida se faz necessária pelo fato de que, referidas provas, justamente por serem decorrentes de uma atividade probatória realizada as margens do ordenamento jurídico, estão contaminadas, desta forma, comprometendo sua validade.

O mencionado instituto é conhecido como “*fruits of the poisonous tree*”. Sobre o tema, os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

A teoria dos *fruitsofthepoisonoustree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que

⁶¹BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 206.

⁶²Idem.

se *legalizasse* a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da *ilicitude por derivação* é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.⁶³

Para Gustavo Henrique Badaró, a admissibilidade das provas derivadas das ilícitas no processo penal consagraria uma violação ao preceito constitucional que proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, posto que, em que pese as originárias fossem desentranhadas dos autos, suas derivadas teriam o mesmo impacto processual, dessa maneira, tornando-se irrelevante a referida proibição. Por fim, Badaró menciona as exceções, referentes à quebra do nexo causal.⁶⁴

Nesse ponto que o procedimento adotado para a coleta das provas constantes no aparelho celular ganha enorme relevância, podendo, inclusive, se for realizado a margem das garantias fundamentais, macular toda a persecução penal. Imaginemos que, após acessar os dados ao longo da abordagem, os policiais descubrem que existe uma enorme quantidade de drogas na casa do abordado, após obterem o mandado de busca e apreensão, confirmam a expectativa, referidas provas, em razão da teoria dos frutos envenenados, não poderiam ser utilizadas para sustentar um decreto condenatório, vez que foram obtidas de maneira ilegal, dessa forma, gerando a impunidade

Além do mais, tem-se que além de contaminar provas que, em sua essência, eram idôneas, referida ação dos policiais e de veras abusiva, de modo que, até uma pessoa com ocupação lícita pode ter seus direitos violados, exposta a uma situação vexatória, em razão de ter sua intimidade mostrada aos agentes públicos, sabe-se, ainda, que, corriqueiramente, os policiais obrigam o abordado a fornecer suas senhas de acesso, o que, mais uma vez, se mostra uma enorme violação de direitos, contrariando os princípios do direito ao silêncio e não autoincriminação.

Não fosse o bastante para demonstrar a impossibilidade do referido acesso imediato, tem-se que um aparelho celular pode conter diversas informações pertencentes a terceiros, desse modo, uma pessoa que sequer tem ciência do procedimento que está sendo adotado pelos agentes, pode ter sua intimidade e privacidade afetada pela conduta inconstitucional dos servidores.

Com a quebra da cadeia de custódia da prova, é impossível afirmar que esta não tenha sido manipulada, ademais, existem diversos modos de deturpar as informações constantes nos dados do aparelho celular e, uma vez comprovada a

⁶³PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.367

⁶⁴BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 308.

devassa desautorizada, deve-se presumir que referida mácula ocorreu, pois, não há como se provar o contrário.

Além do mais, tal prática acaba com a paridade de armas entre as partes, vez que, tal como ocorre nos métodos ocultos de obtenção de provas, quando são suprimidos os elementos informativos, quem garante que, por ocasião do acesso ilegal aos dados, o agente público não tenha excluído elementos exculpantes, ou, até mesmo, incluído elementos incriminadores.⁶⁵

Outrossim, trazendo em voga o princípio da desconfiança, citado por Geraldo Prado, tem-se que o réu não pode se sujeitar a tamanha insegurança jurídica, dependendo da boa fé de agentes públicos que, de início, violaram seus direitos a privacidade e intimidade. É de se pensar que, uma vez realizada a devassa dos dados de maneira ilegítima, nada impede que estes cometam mais ilegalidades.

Conforme ressaltado por Geraldo Prado, quanto mais uma prova é manipulada, mais encontra-se exposta, exposição que pode acarretar diversas consequências, de modo que além da possibilidade de se incluírem matérias estranhas aos aparelhos, podem ser suprimidas informações, desse modo, em um contexto distinto do original, trazendo um novo sentido aos dados.⁶⁶

Nesse ponto, destacamos o aludido por Geraldo Prado, em situação similar, referente aos métodos ocultos de obtenção de provas, nos casos em que os elementos informativos são suprimidos da investigação de modo a trazer aos autos apenas o que interessa a acusação, dessa maneira, a reconstrução fática, ao invés de ser epistêmica, torna-se seletiva, de modo que quanto mais informações armazenadas no aparelho celular, maior a possibilidade de se distorcer os fatos.⁶⁷

Referida situação se agrava nos casos de acesso aos dados telefônicos sem prévia autorização, tendo em vista que, além da ausência de fundamentação para a violação dos direitos constitucionais envolvidos, mencionada conduta ocorre sem qualquer regularização ou registro, assim, não há que se falar em preservação de elementos informativos, visto que, ante a manipulação dos dados de maneira inconstitucional, se torna impossível constatar a idoneidade das provas, devendo todas as provas obtidas serem decretadas ilícitas, e, por conseguinte, desentranhadas dos autos junto com suas derivadas.

⁶⁵PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. s.p.

⁶⁶PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. s.p.

⁶⁷ Idem.

Sobre a cadeia de custódia da prova, o conceito fornecido por Geraldo Prado:

A cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória. A constatação da quebra da cadeia de custódia das provas impõe a exclusão destas evidências dos procedimentos penais.⁶⁸

Por fim, conclui-se que o resultado probatório só será idôneo e, apto a ser utilizado pelo magistrado para formar seu conhecimento, quando o caminho percorrido não tenha sido maculado por interferências, as quais, uma vez evidenciadas, destroem a fiabilidade da prova originária.

4. ANÁLISE JURISPRIDENCIAL

Nos últimos anos, tivemos diversas decisões a respeito do presente tema, tendo em vista que, com o avanço da tecnologia, referida situação tornou-se corriqueira, todavia, constata-se que não ocorre, ainda, uma uniformidade dos julgados, assim, existindo decisões “para todos os lados”.

Enquanto o Superior Tribunal de Justiça segue mantendo seu entendimento pela ilegalidade das provas obtidas mediante o acesso aos dados telefônicos, sem autorização judicial, fazendo suas devidas ressalvas e abrindo brecha para possíveis decisões futuras em sentido contrário, os juízes monocráticos e os tribunais de justiça seguem sem um padrão de decisão.

Iremos analisar diversos casos, desde decisões monocráticas até acórdãos prolatados por tribunais superiores. Referida análise tem o escopo de elucidar como e sob qual fundamento, os órgãos jurisdicionais estão admitindo, ou não, o ingresso de referidas provas no processo penal.

4.1. EXAME DOS AUTOS DE N°.0004679-27.2016.8.16.0013

Em decisão proferida pelo Juiz de Direito da 13ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba⁶⁹, o d. magistrado mencionou o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que foram consideradas ilícitas as provas obtidas mediante a

⁶⁸ PRADO, op.cit. p.70.

⁶⁹ PARANÁ. 13.a Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal n°.0004679-27.2016.8.16.0013. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

devassa de dados telefônicos operada diretamente pela polícia, sem prévia autorização judicial, todavia, ressaltando que não trata-se de tema incontroverso, ante a existência de decisões proferidos pelo mesmo órgão no sentido de que referida prática não afronta o artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal⁷⁰.

Passa-se a análise do caso concreto⁷¹. Infere-se dos autos que, no dia 18 de março de 2016, o acusado Magdiel trazia consigo, para pronto repasse e consumo de terceiros, um invólucro plástico acondicionando a quantia de 12 gramas de substância análoga a Cannabis Sativa L, popularmente conhecida como *maconha*, bem como a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais)⁷².

Após a abordagem, a equipe policial realizou diligência até a casa do acusado, visto que este declinou possuir mais drogas em sua residência, ocasião em que, após terem a entrada franqueada pela mãe do réu, lograram êxito em localizar no interior de uma cômoda a quantia de 400 gramas de substância análoga a maconha, bem como uma balança de precisão⁷³.

A partir da análise do presente caso, como ocorre em regra nos processos, extrai-se duas versões sobre os fatos, uma ventilada pelos policiais militares e outra sustentada pelo réu e pelo informante, o qual foi abordado junto do acusado, sendo indicado pelos policiais como a pessoa que compraria as drogas do réu. Todavia, um ponto é incontroverso, vez que ambas as versões relatam que, por ocasião da abordagem, os policiais tiveram acesso ao teor das conversas armazenadas no aplicativo WhatsApp.

Em seus depoimentos prestados em juízo, os policiais militares foram uníssimos ao relatarem que, no dia dos fatos, estavam realizando patrulhamento de rotina, momento em que visualizaram dois indivíduos, sendo que um deles (acusado) havia repassado um objeto para o outro (informante), o qual, por sua vez, lhe entregou algo que aparentava ser dinheiro⁷⁴.

⁷⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 210.746. Relator: Ministro GILSON DIPP. **Diário Oficial da União**. Brasília, 01 ago. 2012.

⁷¹PARANÁ. 13.^a Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal nº.0004679-27.2016.8.16.0013. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

⁷²PARANÁ. 13.^a Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal nº.0004679-27.2016.8.16.0013. nsº 1 e 2. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

⁷³ PARANÁ. 13.^a Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal nº.0004679-27.2016.8.16.0013. nsº 1 e 2. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 junho de 2018.

⁷⁴PARANÁ. 13.a Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal nº.0004679-27.2016.8.16.0013.nsº 3 e 4. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 junho de 2018.

Ante a atitude suspeita, os agentes públicos abordaram os indivíduos, oportunidade em que lograram êxito em localizar uma quantia em dinheiro (R\$ 20,00) em posse do acusado, bem como um invólucro contendo substância análoga a maconha no bolso do informante, o qual declinou ter adquirido o entorpecente com o réu.

Os policiais afirmaram que, em revista pessoal, também localizaram um aparelho celular em posse do acusado, o que confirmou as expectativas dos agentes, posto que, após o acesso aos dados telefônicos, visualizaram mensagens que denotavam que, de fato, o réu praticava atos de traficância, inclusive, encontrando mensagens trocadas com o próprio informante, no qual este solicitava a entrega de R\$ 20,00 (vinte reais) de alguma coisa.

Ao ser indagado pelo representante do Ministério Público, um dos policiais militares relatou que procederam o acesso aos dados telefônicos sem solicitar a autorização do abordado, visto que o aparelho estava desbloqueado. Contudo, o agente afirmou que o acesso aos dados não foi determinante para a posterior diligência na casa do réu e, conseqüentemente, sua prisão em flagrante, justificando não terem adentrado na residência do informante, pois estava claro que era a pessoa do acusado que traficava entorpecentes⁷⁵.

Por sua vez, o segundo policial militar a ser ouvido em juízo, ao ser indagado pela defesa, também confirmou a devassa dos dados telefônicos, entretanto, apresentando versão divergente de seu colega de farda, aduzindo que o acusado autorizou expressamente o acesso aos dados constantes no aparelho celular⁷⁶.

Prosseguindo com suas declarações, o agente público mencionou que, ao acessarem o aplicativo WhatsApp, localizaram uma conversa do acusado com um indivíduo que se assemelhava ao informante, na qual estes combinavam a tradição de alguma coisa pelo valor de R\$20,00 (vinte reais), ressaltando que tratava-se do mesmo valor que foi encontrado em posse do réu.

Após diversos questionamentos realizados pela defesa, o policial militar acabou mudando a versão apresentada inicialmente, aduzindo que o informante não disse que estava comprando drogas do acusado, de modo que, o que levou a equipe a referida conclusão, foi o teor da conversa encontrada no aplicativo

⁷⁵CURITIBA. 13.^a Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal n°.0004679-27.2016.8.16.0013.ns° 3 e 4. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 de junho de 2018

⁷⁶Idem.

WhatsApp, na qual o informante dizia para o acusado: “trás vinte”, bem como o fato do réu estar em posse dos referidos R\$20,00 (vinte reais).

Em audiência complementar, seguindo a ordem prevista no Código de Processo Penal, foi realizada a oitiva do informante, o qual foi abordado em conjunto com o acusado, sendo indicado pelos policiais militares como a pessoa que realizaria a compra dos entorpecentes⁷⁷.

O informante relatou que é amigo do réu, aduzindo que, no dia dos fatos, saíam juntos para tomar uma cerveja. Descreveu que, quando estava saindo de sua casa, a equipe policial chegou e abordou o réu, momento em que solicitaram que saísse do portão de sua casa, para que também fosse revistado.

Detalhou que, após acessarem os dados do aparelho celular do acusado, os policiais deram uma rasteira no réu, o imobilizando no chão, oportunidade em que ambos foram algemados e colocados na viatura policial.⁷⁸

Por fim, em seu interrogatório prestado em juízo, o acusado assumiu a propriedade das drogas, todavia, negou a prática do delito de tráfico de entorpecentes, mencionando que as drogas eram para consumo pessoal. O réu confirmou que havia uma mensagem em seu aparelho celular, a qual foi mencionada pelos policiais, no entanto, disse que era de um outro amigo que havia lhe solicitado um pouco de *maconha*, mas que havia negado o pedido, aduzindo ter esquecido de apagar a mensagem⁷⁹.

Em sequência, o Ministério Público requereu a procedência da pretensão punitiva do Estado, para o fim de condenar o réu pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei Federal n. 11.343/06.

Por sua vez, a defesa requereu, preliminarmente, o reconhecimento da ilicitude das provas acostadas aos autos haja vista que foram colhidas sem autorização judicial e, por conseguinte, pela absolvição do acusado relativamente ao delito de tráfico de entorpecentes, em razão da insuficiência probatória.

Nesse cenário, podemos perceber a importância do presente tema e suas possíveis consequências. Para além de prejuízos ao réu, à devassa dos dados telefônicos, a margem de autorização judicial, pode ocasionar prejuízos irreparáveis

⁷⁷CURITIBA. 13.ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal n°.0004679-27.2016.8.16.0013.ns° 4 e 5. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 de junho de 2018

⁷⁸CURITIBA. 13.ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal n°.0004679-27.2016.8.16.0013.ns° 4 e 5. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 de junho de 2018

⁷⁹Idem.

ao processo penal, podendo, inclusive, gerar impunidade, posto que a possível declaração de ilicitude das provas, muitas vezes, contaminara todas as provas dos autos.

Por derradeiro, passa-se à análise da sentença prolatada pelo d. magistrado. Precipuamente, como já ressaltado, o julgador fez uma ponderação acerca da instabilidade jurisprudencial acerca do tema, mencionando dois acórdãos, proferidos pelo mesmo órgão, com entendimentos diversos:

Muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha entendido, em alguns julgados recentes, ser “ilícita a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização legal”, o tema é ainda controverso, encontrando-se teses, pelo mesmo órgão superior, no sentido de que o acesso ao conteúdo do celular do réu preso em flagrante não afronta o art. 5º, incs. X e XII, da Constituição Federal e art. 9º, da Lei n. 9.296/96, eis que se trata de prova preexistente, que pode ser observado mediante simples visualização do aparelho, sem necessidade de interceptação telefônica; com efeito, a verificação de bens e objetos em nada se confunde com a interceptação de conversa telefônica; no caso, a testemunha informa que o próprio réu acabou entregando o celular desbloqueado, falando “sim, pode olhar” Assim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 210.746/SP, de relatoria do Ministro Gilson Dipp, no qual “a existência de mensagens na caixa de entrada do aparelho de celular do réu que corroboram as demais provas de autoria do delito a ele imputado, não havendo se falar em nulidade de tais elementos probatórios, pois a hipótese não caracteriza interceptação telefônica, sendo despicienda a prévia autorização judicial” (HC 210.746/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)⁸⁰

Malgrado as considerações realizadas pelo magistrado a respeito da ilicitude, ou não, de referidas provas, ao prolatar o decreto condenatório, este optou por não entrar no mérito em relação à validade das provas obtidas mediante ao acesso aos dados celulares pelos policiais militares, vez que, conforme ressaltado pelo juiz, no caso em comento, a referida validade das provas não possui tanta importância, em razão da existência de outras provas que não possuem qualquer nexos causal com as “ilícitas”.

Dando crédito às palavras dos policiais militares, as quais gozam de fé pública, o magistrado salientou que, o que levou a prisão do acusado não foram as mensagens visualizadas em seu celular, mas sim, o fato de que ambos os policiais

⁸⁰CURITIBA. 13.^a Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal n.º.0004679-27.2016.8.16.0013.n.º 8. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 junho de 2018.

presenciaram o momento em que o réu passou um objeto para o informante e recebeu algo em troca⁸¹.

Posto que, após revista pessoal, surpreenderam o informante em posse das drogas e o acusado em posse da quantia de R\$20,00 (vinte reais), deste modo, confirmando suas suspeitas. Ademais, o magistrado salientou que a diligência até a residência do réu, ocasião em que foi localizada uma expressiva quantia em entorpecentes, igualmente, não foi motivada pelas mensagens encontradas no aplicativo, nos seguintes termos:

De todo modo, a questão das mensagens de celular, ou de whatsapp, simplesmente não tem no caso em análise a relevância que a defesa lhe quer emprestar; ocorre que a conclusão de que o réu cometeu delito de tráfico de drogas simplesmente não decorre de qualquer mensagem de celular (até porque não foram degradadas até o momento para que se pudesse analisá-las), mas porque os policiais o flagraram vendendo o entorpecente e, a partir da admissão do próprio réu, de que tinha mais droga em casa, apreenderam no local quantidade significativa de maconha, junto de balança de precisão (a qual, em perícia, apontou resultados positivos para a mesma droga apreendida, mov. 183.1), fatos que comprovam o delito por si sós. A ilustre defesa tentou perquirir aos policiais e insistir na obtenção de alguma resposta que desse conta de que foram supostas mensagens que os levaram à casa do réu. Mas não é isso o que os depoimentos permitem concluir: ambos policiais foram enfáticos esclarecendo que constataram o tráfico porque visualizaram a venda e em seguida apreenderam a porção de maconha e o dinheiro trocado entre Magdiel e Rafael, e foram até sua casa porque o réu admitiu que possuía mais drogas lá. Isso significa que, excluindo o celular e supostas mensagens nele existentes, a diligência teria se consumado da mesma forma; e considerando que o réu estava em flagrante delito de tráfico, o qual é crime permanente, claro fica que a apreensão de drogas e balança na sua casa foi igualmente legítima.⁸²

Constata-se, portanto, que malgrado o magistrado não tenha decretado a nulidade das provas obtidas pelos policiais, por cautela, o d. julgador salientou que, mesmo na hipótese de existirem vícios na referida atuação dos agentes públicos, deveria ser aplicado o disposto na parte final do § 1º do art. 157 do CPP, ante a ausência denexo causal entre referidas provas⁸³.

Sendo assim, chegamos à conclusão de que, em razão das inúmeras provas existentes, tendo em vista que os agentes públicos presenciaram a tradição da

⁸¹Idem.

⁸²CURITIBA. 13.ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal nº.0004679-27.2016.8.16.0013. nº 8. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 junho de 2018.

⁸³CURITIBA. 13.ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal nº.0004679-27.2016.8.16.0013. nº 9. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 junho de 2018.

droga, a irregularidade da ação dos policiais não gerou maiores consequências, todavia, há de se ressaltar que tal fato foi uma particularidade do presente caso.

De outro lado, percebe-se também a insegurança jurídica em que os abordados se encontram em situações como essas, posto que, facilmente, ao ter acesso às conversas ou a demais dados do telefone aptos a incriminá-los, os policiais poderiam criar uma situação de flagrante, a qual não ocorreria sem o imediato acesso aos dados telefônicos, fazendo crer que as provas não possuem quaisquer ligação entre si.

Convém salientar, ainda, que uma vez realizado o acesso sem qualquer técnica, à margem dos princípios da ampla defesa e do contraditório, ocorre a chamada quebra da cadeia de custódia das provas⁸⁴, de modo que nunca poderá se ter certeza se estas, efetivamente, são idôneas, ou se foram deturpadas, plantadas, ou contaminadas de alguma maneira..

É Justamente por esta razão que referidas provas não podem ser utilizadas para um decreto condenatório, pois, do contrário, qualquer inocente poderia ser responsabilizado penalmente, bastando que, para isso, algum agente público, de má fé, quisesse incriminá-lo.

Nesse ponto, imperioso destacar a divergência dos depoimentos prestados pelos agentes públicos em relação à autorização, ou não, do abordado, para que fosse realizada a devassa dos seus dados telefônicos. Posto que, um dos agentes afirmou que acessaram os dados sem indagar o acusado, enquanto o outro asseverou que Magdiel Ihes deu permissão para “vasculharem” seu aparelho celular, o qual não possuía qualquer tipo de bloqueio.

A par disso, nos questionamos se a autorização do abordado, o qual estava em situação flagrancial, é legítima para que os agentes públicos realizem a devassa dos dados, ou, em decorrência da pressão e desvantagem em que este se encontra, seu assentimento deveria ser desconsiderado.

Sobre o tema, trazemos em voga as considerações realizadas por Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa, no artigo “critérios de validade para vasculhar o celular do preso”, ocasião em que diferenciam a devesa operada no celular do investigado solto e do preso:

⁸⁴PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.20.

a) Solto: o investigado solto que se dirige ao estabelecimento policial e autoriza, juntamente e na presença de seu advogado, o acesso às mensagens, realiza ato cooperativo e desprovido de pressões das mais variadas formas. Nessa hipótese, o investigado pode franquear, devendo a diligência ficar registrada, bem assim o material extraído (eficácia da cadeia de custódia). **b) Preso ou detido:** hipótese diversa é quando o investigado é objeto de busca e apreensão (por mandado ou pessoal), de prisão em flagrante, preventiva, temporária (condução coercitiva disfarçada: como o STF proibiu novas conduções coercitivas, muitos prendem temporariamente — Lei 7.960/89 — e soltam em seguida; a mentalidade autoritária prevalece).⁸⁵

Os autores destacam que, no caso em que o investigado encontra-se solto e dirige-se por vontade própria, devidamente acompanhado de seu defensor, até a sede policial, autorizando a devassa de seus dados telefônicos, referido acesso é lícito, vez que respeita os princípios da ampla defesa e do contraditório, todavia, na hipóteses “b”, o assentimento do preso não possui validade, vez que este encontra-se em uma situação de desvantagem, sobre uma enorme pressão, caracterizando, desse modo, o constrangimento ambiental.⁸⁶

Conforme elucidado no mencionado artigo, a renúncia de seus direitos realizada pelo indivíduo “preso”, que se encontra em situação de pressão, podendo vir a se sentir coagido pelos agentes públicos a fazer tudo que lhe for solicitado, não pode ser considerada, desse modo, tornando o acesso aos dados telefônicos ilegítimo.

Nessa guisa, os autores mencionaram os diversos julgados emitidos pela suprema Corte Espanhola, nos quais os ministros delimitam requisitos que devem ser preenchidos para que a autorização, do abordado/investigado, para a entrada na residência seja considerada válida, desse modo, evitando que a pressão psicológica impeça o interessado de exercer seus direitos constitucionais:

- 1) outorga por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos;
- 2) outorga consciente e livre, a qual requer: a) que não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; b) que não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; c) que se o consentimento for de pessoa que estiver presa/conduzida, não pode validamente prestar o consentimento se

⁸⁵LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Crítérios de validade para vasculhar o celular (WhatsApp) do preso**. 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/limite-penal-criterios-validade-vasculhar-celular-whatsapp-preso>. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/limite-penal-criterios-validade-vasculhar-celular-whatsapp-preso>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁸⁶LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Crítérios de validade para vasculhar o celular (WhatsApp) do preso**. 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/limite-penal-criterios-validade-vasculhar-celular-whatsapp-preso>. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/limite-penal-criterios-validade-vasculhar-celular-whatsapp-preso>>. Acesso em: 17 set. 2018

não tiver antes a assistência de um defensor, do que constará da diligência policial (STS 2-12-1998). Isso porque, se a assistência de defensor é necessária para que o conduzido preste declarações, dado o prejuízo aos seus direitos, o consentimento também o será, dada a “intimidação ambiental” ou “a coação que a presença dos agentes da atividade representa” (STS. 831/2000). 3) pode ser prestada oral ou por escrito, porém sempre vertida documentalmente; 4) deve ser outorgada expressamente, não servindo o silêncio como consentimento tácito, em face do princípio *in dubio pro libertate* (SS. 7.3 y 18.12.97 e S. 23.1.98).5) o consentimento deve ser outorgado para um caso concreto, sem que seja usado para fins distintos, ou seja, vigora a especialidade da busca (STS, sentença de 6 de junho de 2001).⁸⁷

Tais requisitos garantem que a autorização concedida não seja uma mera formalidade, em razão da pressão, física e psicológica, exercida pelos agentes públicos, sendo inválido o consentimento de uma pessoa presa ou detida, sem a presença de um defensor que lhe conscientize de seus direitos constitucionais.

Em situação idêntica, os casos em que o abordado é compelido pelos agentes a autorizar a devassa unilateral, imediata, de seus dados telefônicos, lhe deixando em uma situação de veras vulnerável. Ademais, conforme já ressaltado, por muitas vezes os policiais coagem os abordados a fornecerem senhas de desbloqueio, como se não tivessem outra alternativa, o que, além de caracterizar abuso de autoridade por parte dos agentes, macula todas as provas obtidas mediante o acesso inconstitucional. Nesse sentido, a conclusão dos autores sobre o tema:

Desta feita, ainda que se considere a existência de anuência pelo investigado para vasculhar seu celular, tem-se que, com a intimidação ambiental e constrangimento que a prisão proporciona, não é possível validar tal manifestação da vontade, salvo se acompanhado por defensor e advertido formal e documentalmente dos direitos renunciados, nas forma dos critérios acima. Sem isso, o que for obtido é nulo, contaminando as provas decorrentes (frutos da árvore envenenada).⁸⁸

Após a análise pormenorizada dos fatos, instrução processual, bem como da sentença condenatória⁸⁹ do caso supra, a fim de compreender as possíveis consequências, para o processo penal, do acesso aos dados telefônicos operado no “calor do momento”, sem prévia autorização judicial, passamos a analisar como os

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Crítérios de validade para vasculhar o celular (WhatsApp) do preso**. 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/limite-penal-criterios-validade-vasculhar-celular-whatsapp-preso>. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/limite-penal-criterios-validade-vasculhar-celular-whatsapp-preso>>. Acesso em: 17 set. 2018

⁸⁹ CURITIBA. 13.^a Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal n°.0004679-27.2016.8.16.0013. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

órgãos superiores já se posicionaram sobre o tema, e como tem decidido atualmente.

4.2. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS N° 91.867

Em data de 24 de abril de 2017, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, ao julgar o Recurso Ordinário Constitucional em Habeas Corpus n° 91.867⁹⁰, entendeu, por unanimidade, pela legalidade das provas decorrentes da violação de registros telefônicos do réu, sem autorização judicial.

Na espécie, o Ministério Público ofereceu denúncia em face dos pacientes pela prática dos delitos previstos nos artigos 121, §2º, incisos II e IV⁹¹, e artigo 288⁹². c/c o art. 29⁹³, todos do Código Penal⁹⁴.

Infere-se da exordial acusatória que os recorrentes Davi Resende Soares e Lindomar Resende Soares, com a intenção de matar o ofendido Sivério José Lourenço, contrataram os serviços de um pistoleiro, conhecido pela região, para executar a vítima.

Os recorrentes foram condenados em primeira instância, sendo responsabilizados pela morte do ofendido, que ocorreu em 27 de novembro de 2004. No dia dos fatos, Sivério estava em uma praça pública, momento em que foi atingido por diversos disparos de arma de fogo, o que foi presenciado pelos demais que encontravam-se na praça⁹⁵.

Em Habeas Corpus impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, a defesa pugnou pelo trancamento da ação penal, ou, alternativamente, pelo

⁹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 91.867. Relator: Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, UF, 24 de abril de 2012. Brasília, 20 set. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2sU615Q>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

⁹¹Art. 121. Matar alguém: § 2º Se o homicídio é cometido: II - por motivo fútil; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 jun.2018.

⁹²Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 jun.2018.

⁹³Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 jun.2018.

⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867/PA, n° 4. Rel. Min. Gilmar Mendes, 24/04/2012, DJe 20/09/212. Inteiro Teor do Acórdão disponível em:< <https://bit.ly/2sU615Q>>. Acesso em: 11 Junho de 2018.

⁹⁵Idem.

reconhecimento da ilegalidade das provas obtidas por meios ilícitos, e seu consequente desentranhamento dos autos. Todavia a ordem foi denegada.

Inconformada com a decisão denegatória, a defesa impetrou novo Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, tendo, novamente, seu pedido não concedido.

Por fim, em Habeas Corpus impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, a defesa pugnou, dentre outras questões, a inépcia da denúncia e o reconhecimento da ilicitude das provas produzidas na fase de inquérito policial, sustentando a ocorrência de quebra de sigilo telefônico do acusado, sem a devida autorização judicial, bem como pleiteando pela inutilização de referidas provas.⁹⁶

Em que pese o pleito da defesa pela declaração de inépcia da denuncia, aduzindo que foi oferecida de maneira genérica, referido pedido foi rechaçado, visto que o representante do Ministério Público, ao oferecer a exordial acusatória, narrou de maneira pormenorizado os fatos criminosos, mencionando todas suas circunstancias, inclusive, realizando o devido aditamento, com escopo de incluir os recorrentes Davi e Lindomar, autores mediatos do assassinato, como ressaltado pelo relator:

A denúncia narra de forma pormenorizada que os delitos praticados pelo corréu Francisco Leite da Silva, conhecido pistoleiro, ocorrera em razão do mando dos pacientes, integrantes de importante família da região de Ulianópolis/PA, de grande influência política e poderio econômico. Destaco, também, que a exordial acusatória, após o aditamento oriundo da produção de novas e apropriadas provas, teve o condão de delimitar a proximidade de relacionamento que os pacientes mantinham com o corréu Francisco Leite da Silva, executor do crime. Seguem-se inúmeros trechos nos quais resta consubstanciado vários contatos telefônicos formulados pelo paciente Lindomar Resende Soares com o telefone do mencionado pistoleiro, enquanto esse aguardava na praça o melhor momento para executar o homicídio.⁹⁷

A partir da leitura da exordial acusatória, bem como do aditamento promovido pelo *parquet*, constata-se que o homicídio tratado no presente caso não se trata de um fato isolado, havendo indícios de que os pacientes, com o escopo de manter sua família no poder político da região do Nordeste paraense, corriqueiramente, “eliminavam” seus desafetos⁹⁸.

⁹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.867. Relator: Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, UF, 24 de abril de 2012. Brasília, 20 set. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2sU615Q>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

⁹⁷Idem.

⁹⁸Idem.

Todavia, os fatos em si, não são objeto do presente estudo, mas servem para elucidar o contexto em que se deu a obtenção das provas produzidas na fase de inquérito policial, tidas como ilícitas pela defesa, em razão da violação dos registros telefônicos de um dos réus.

Extraí-se dos autos que os policiais militares, responsáveis por realizarem a prisão em flagrante do executor do crime, acessaram os dados armazenados no aparelho celular do acusado, oportunidade em que, ao visualizarem o registro de chamadas, chegaram aos números de telefones pertencentes aos pacientes⁹⁹.

O relator esclarece a distinção entre comunicação telefônica e registros telefônicos, ponderando que esses recebem, inclusive, proteção jurídica diferente. O ministro prossegue asseverando que, em sua concepção, não se deve estender a cláusula prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal para os depósitos registrais, ou seja, para os dados, visto que referida disposição constitucional tutela apenas a comunicação de dados, e não estes em si¹⁰⁰.

Para embasar seu entendimento, o relator menciona os estudos realizados por Tércio Sampaio Ferraz acerca do tema¹⁰¹, bem como o voto redigido pelo ministro Sepúlveda Pertence no RE de nº 418.416, no qual discorre sobre a diferenciação de referidos institutos¹⁰².

⁹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.867. Relator: Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, UF, 24 de abril de 2012. Brasília, 20 set. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2sU615Q>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁰⁰Idem.

¹⁰¹O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo 'da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas'. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção e une correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e, depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém entra nesta transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados. A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. (Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.867. Relator: Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, UF, 24 de abril de 2012. Brasília, 20 set. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2sU615Q>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁰² Seja qual for o conteúdo da referência a dados no inciso XII, este é absolutamente inviolável. O que, a meu ver, mostra, para não se chegar a uma desabrida absurdidade da Constituição, a ter que concluir que se refere à comunicação de dados. Só, afinal, a telefônica é relativa, porque pode ser quebrada por ordem judicial, o que é fácil de entender, pois a comunicação telefônica é instantânea,

Em sequência, o ministro destaca que, ao acessarem os registros telefônicos dos aparelhos celulares, após a prisão em flagrante de delito do executor do crime de homicídio, os policiais militares agiram de acordo com a lei, desse modo, inexistindo ilegalidade da ação perpetrada pelos agentes públicos, posto que apenas cumpriram o disposto no artigo 6º do Código de Processo Penal¹⁰³.

O relator elucida que os agentes públicos, ao procederem à pesquisa nos registros de chamada do aparelho, o qual foi devidamente apreendido, estavam cumprindo seu mister, com o intuito de coletar indícios de autoria e materialidade do crime¹⁰⁴.

Em sequência, o ministro afirma que o referido dado (numero de telefone), não se conecta com valores constitucionais protegidos, mencionando a definição utilizada pela tecnologia da informação para distinguir o conceito de dados e informação:

Os dados são constituídos de fatos crus, como o número de um funcionário, total de horas trabalhadas em uma semana, número de peças em estoque ou pedidos de compra. Quando os fatos são organizados de maneira significativa, eles se tornam informação. Informação é um conjunto de fatos organizados de tal maneira que possuem valor adicional, além do valor dos fatos individuais. ... Transformar os dados em informação é um processo, ou um conjunto de tarefas logicamente relacionadas realizadas para alcançar um resultado definitivo. O processo de definir relações entre os dados para criar informações úteis requer conhecimentos. Conhecimento é a consciência e a compreensão de um conjunto de informações e os modos como essas informações podem ser úteis para apoiar uma tarefa específica ou para chegar a uma decisão. Ter conhecimento significa entender as relações na informação (Ralph M. Stair & George W. Reynolds. Tradução Harue Avritscher. 2010. PRINCÍPIOS DE SISTEMAS DE INFORMAÇÃO. Tradução da 9ª. Edição norte-americana., p. 4. Ed. CENGAGE Learning).¹⁰⁵

ou se colhe enquanto ela se desenvolve, ou se perdeu a prova; já a comunicação de dados, a correspondência, a comunicação telegráfica, não, elas deixam provas que podem ser objeto de busca e apreensão. O que se proíbe é a intervenção de um terceiro num ato de comunicação, em todo o dispositivo, por isso só com relação à comunicação telefônica se teve de estabelecer excepcionalmente a possibilidade da intervenção de terceiros para se obter esta prova, que de outro modo perder-se-ia. E há mais uma circunstância, ao contrário das outras comunicações, que deixam dados muitas vezes difíceis de apagar — no notório caso Collor isso veio à baila quando, decodificado um computador, foi possível reavivar os seus dados —, o telefone tem dois elementos, de um lado é instantâneo, ninguém pode avisar a quem vai ter a sua conversa telefônica violada de que ela vai ser violada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.867. Relator: Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, UF, 24 de abril de 2012. Brasília, 20 set. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2sU615Q>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁰³Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹⁰⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.867. Relator: Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, UF, 24 de abril de 2012. Brasília, 20 set. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2sU615Q>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁰⁵Idem.

Utilizando-se do referido conceito e, abstraindo-se do caso concreto, o Ministro faz uma comparação, fazendo a indagação de que, se o número telefônico, encontrado no registro de chamadas constante no aparelho celular, fosse encontrado, pelos policiais militares, escrito em um pedaço de papel acondicionado no bolso do acusado, referida prova seria ilícita?

Ressaltando que, em nenhum momento, os agentes tiveram acesso ao teor das conversas, mas apenas aos números dos telefones dos pacientes¹⁰⁶.

Ante todo o exposto em seu voto, o relator se manifesta pela legalidade do procedimento realizado pela autoridade policial, nos seguintes termos:

Nesse contexto fático, reputo não haver qualquer ilicitude no procedimento da autoridade policial, sobretudo porque essa verificação permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para investigação. Ou seja, a autoridade policial, ao apossar-se do aparelho, tão somente procurou obter do objeto apreendido, porquanto razoável obtê-los, os elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e da autoria, a teor do disposto no art. 6º do CPP.(..). Na hipótese, a envolver crimes de formação de quadrilha e homicídio qualificado encomendado, a atitude das autoridades policiais de analisar os últimos registros contidos nos celulares apreendidos é perfeitamente razoável, não havendo que se falar em lesão à intimidade ou à privacidade do corréu Francisco Leite da Silva, tampouco dos pacientes. Não há direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto, sendo certo, também, que esses não podem, a qualquer pretexto, servir de manto protetor de práticas escusas.¹⁰⁷

Por derradeiro, encerrando sua exposição, o ministro Gilmar Mendes acrescenta, ainda, que mesmo que referidas provas fossem consideradas ilícitas, em razão da mitigação da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*), suas derivadas não sofreriam do mesmo mau, vez que apreendidos os referidos aparelhos celulares, como consequência, seria decretada a quebra de sigilo, momento em que se chegaria à identidade dos pacientes, tratando-se, assim, de prova que seria obtida por fonte independente, nos termos do artigo 157, §1º e §2º, do Código de Processo Penal¹⁰⁸.

¹⁰⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.867. Relator: Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, UF, 24 de abril de 2012. Brasília, 20 set. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2sU615Q>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁰⁷Idem.

¹⁰⁸ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 17 set. 2018.

A partir da análise do referido julgado, constatamos que, ao entender pela legalidade das provas obtidas mediante ao acesso aos dados telefônicos, além de considerar o fato de que referidas provas poderiam ser obtidas por outros meios, o relator enfatizou que não houve acesso às conversas constantes no aparelho celular, desse modo, não havendo uma grande violação à privacidade do titular, vez que só foram extraídos os números do registro de chamadas.

4.3.RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DE N° 51.531/RO

Passa-se agora à análise do julgamento do Recurso em Habeas Corpus de n° 51.531/RO¹⁰⁹, no qual, em sentido contrário aos julgados anteriores, a 6° Turma do Superior Tribunal de Justiça apontou diretrizes para que as provas colhidas a partir do acesso as conversas do aplicativo WhatsApp sejam validas, asseverando que, salvo exceções, seria inidônea o acesso ao conteúdo das conversas ante a ausência de prévia autorização judicial¹¹⁰.

No referido julgado, o ministro relator Rogério Schietti Cruznão deixou de citar o precedente do Supremo Tribunal Federal acerca do tema¹¹¹, o qual foi objeto de análise no tópico supra. Em seu voto, Cruz destacou que, quando o referido *writ* foi julgado (2004), sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, os aparelhos celulares não possuíam a multiplicidade de funções que desempenham atualmente, visto que sequer eram conectados à internet.

Ressaltando que, no referido precedente, a autoridade policial não teve acesso ao teor das conversas. Feitas estas ressalvas, sobretudo, mencionando a evolução da tecnologia, de modo que, atualmente, um aparelho celular possui diversos aplicativos de comunicação, dentre outras funcionalidades, o ministro afirmou que: “Por isso, o precedente do HC n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante”¹¹².

¹⁰⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹¹⁰Centro de Apoio Operacional das Promotorias. A prova obtida a partir de acesso a dados do WhatsApp. Informativo 371.

¹¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 91.867. Relator: Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, UF, 24 de abril de 2012. Brasília, 20 set. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2sU615Q>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Antes de iniciarmos a análise dos votos proferidos pelos ministros, mister nos faz proceder uma breve síntese fática dos fatos discutidos no presente *writ*.

O paciente Leri Souza e Silva foi preso em flagrante de delito na data de 18 de março de 2014, pela prática dos crimes de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico.

Conforme descrição fática constante na exordial acusatória, após tomarem ciência, por intermédio de uma denúncia anônima, de que Leri receberia, no dia dos fatos, por correio, uma grande quantidade de entorpecentes, os policiais militares dirigiram-se até o local de destino da carga, ocasião em que lograram êxito em surpreender o paciente em posse de um recipiente que acondicionava 300 (trezentos) comprimidos de substância análoga a ecstasy¹¹³.

Após a prisão do acusado, a autoridade policial informou que, em razão do disposto no artigo 6º, incisos II, III, e VII, do Código do Processo Penal, realizaram perícia no aparelho celular que foi apreendido em posse do paciente, no dia dos fatos, aduzindo que, contrariamente ao que ocorre nos casos de interceptação telefônica, o acesso aos dados do aparelho celular prescinde de autorização judicial, de modo que agiram em conformidade com a lei¹¹⁴.

Por sua vez, inconformada com a atuação da autoridade policial, a defesa impetrou Habeas Corpus perante o Tribunal de Justiça de Rondônia, alegando que o paciente, em razão da ilicitude das provas obtidas mediante o acesso aos dados telefônicos sem prévia autorização, estaria sofrendo constrangimento ilegal, aduzindo que os dados de aparelho celular são protegidos pela redação do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal¹¹⁵.

O acórdão foi unânime no sentido de denegar a ordem, sob o argumento de que a Constituição Federal não salvaguarda os dados armazenados em aparelho celular, visto que tais informações não são alcançadas pela proteção prevista no inciso XII do artigo 5º da CF, desse modo, entendendo pela legalidade das transcrições das conversas constantes no aplicativo WhatsApp pela autoridade policial.

Convém ressaltar um dos argumentos trazidos no voto condutor prolatado pelo desembargador, relator do caso, do Tribunal de Justiça de Rondônia:

¹¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹¹⁴Idem.

¹¹⁵Idem.

Entendo que a tese apresentada pelo impetrante é desprovida de fundamento porquanto a proteção do acesso aos dados constantes do aparelho não se assemelha à interceptação telefônica. Inicialmente relato que o telefone celular foi apreendido no momento da prisão em flagrante do paciente, ocasião em que os policiais recolheram todos os instrumentos que poderiam estar relacionados ao crime, incluindo este aparelho, encaminhando-o à autoridade policial competente. Após a apreensão a autoridade policial conduziu a investigação conforme disposto no art. 6º do CPP, determinando a realização de perícia do entorpecente apreendido e ainda extração das **conversações do aparelho celular do paciente. Entendo não ser prescindível a decisão judicial para realização de perícia em aparelho celular apreendido pois a lei permite até mesmo a violação de domicílio para efetuar prisão em flagrante.**¹¹⁶

No *writ* em discussão, a defesa alega que, em respeito ao princípio do contraditório, a perícia deveria ter sido realizada na presença de um membro do Ministério Público e, sobretudo, da própria defesa, julgando ser totalmente ilegal a devassa unilateral dos referidos dados, pois, desta maneira, o conteúdo do aparelho poderia, facilmente, ser deturpado, aduzindo ter sido violado o disposto no artigo 5º, inciso XII da CF¹¹⁷.

Passa-se agora à análise dos votos proferidos pelos ministros. O ministro relator Néffi Cordeiro iniciou seu voto trazendo em voga o texto dos incisos X e XII¹¹⁸ do artigo 5º da Constituição Federal. Em sequência, transcreveu o artigo primeiro e quinto da lei de interceptações telefônicas¹¹⁹, bem como o artigo 3º, inciso v, da lei 9.472/97¹²⁰ e o art. 7º, inciso, I, II e III, da Lei 12.965/14¹²¹.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Art. 5º. [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2018

¹¹⁹ Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹²⁰ Art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: [...] V - à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹²¹ Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de

Após as referidas considerações, Cordeiro asseverou que, no caso em comento, sobreveio a devassa dos dados do aparelho celular de propriedade do paciente, desse modo, ocorrendo violação a sua intimidade, a qual, embora seja permitida, deve ser precedida de autorização judicial, mencionando dois precedentes sobre o tema¹²².

Fazendo alusão ao julgamento do HC de nº 315.220/RS¹²³, no qual foi analisada a quebra de sigilo de correio eletrônico, o ministro ressaltou que as conversas armazenadas no aplicativo WhatsApp, em face a seu caráter de comunicação imediata entre seus usuários, se assemelha as conversas operadas via e-mail, as quais necessitam de autorização judicial¹²⁴.

Por derradeiro, apontando às inúmeras funções que os aparelhos celulares desempenham atualmente, Cordeiro julgou ser ilícita a devassa de dados realizadas sem prévia autorização judicial, bem como o acesso as conversas do aplicativo WhatsApp, determinando o desentranhamento do conteúdo obtido de maneira contrária ao ordenamento jurídico¹²⁵.

Encerrando a análise do voto do ministro Cordeiro, convém ressaltar as observações realizadas pelo CAOP, em seu Informativo de nº 371¹²⁶, sobre o referido voto, destacando três argumentos elementares de seu voto:

Os três argumentos centrais de sua conclusão podem ser assim resumidos:
a) a violação das conversas realizadas através do aplicativo Whatsapp são análogas ao afastamento de sigilo de outros meios de comunicação eletrônica escrita, como e-mails, para os quais o STJ já decidiu ser imprescindível a prévia e fundamentada autorização judicial;⁵ b) a evolução tecnológica dos aparelhos de telefonia móvel permite atualmente que a comunicação escrita se dê de maneira muito semelhante às conversas telefônicas. Além disso, trata-se de um significativo repositório de dados

suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; [...].Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 1645137. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Brasília, DF, 03 de junho de 2014. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449419068/recurso-especial-resp-1645137-mt-2016-0335417-5>>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Brasília, DF, 09/10/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177887794/habeas-corpus-hc-315220-rs-2015-0019757-0>>. Acesso em 17 set 2018.

¹²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹²⁶ Centro de Apoio Operacional das Promotorias. **A prova obtida a partir de acesso a dados do WhatsApp**. Informativo 371. Disponível em: < <http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-2098.html>>. Acesso em: 17 set. 2018.

personais, o que exige a intervenção do Estado-juiz para acessá-los, sob pena de violação à intimidade de seu proprietário (artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal)⁶; c) o usuário dos serviços de telecomunicações possui legalmente garantidas a inviolabilidade e o sigilo de suas comunicações (artigo 3º, da Lei 9.427/97),⁷ bem como ao usuário dos serviços de internet são asseguradas a inviolabilidade e o sigilo das comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (artigo 7º, da Lei 12.965/2014)¹²⁷.

Por sua vez, o ministro Rogério Schietti Cruz acompanhou o voto proferido pelo ministro relator, concordando que, ao acessarem as conversas armazenadas no aplicativo WhatsApp, sem prévia autorização judicial, a autoridade policial violou o direito constitucional a privacidade do paciente. Todavia, o ministro fez ressalvas em relação a futuros casos análogos, conforme será demonstrado a seguir¹²⁸.

Após mencionara decisão proferida no Habeas Corpus de nº 91,867/PA, como já ressaltado acima, elucidando as diferentes circunstâncias em que foi julgado o referido *writ*, tendo em vista que o aparelho celular não possuía as diversas funções que desempenha atualmente, na era dos *smart phones*, Cruz fez menção ao chamado direito probatório de terceira geração¹²⁹, assim denominado pela doutrina, que versa sobre as provas, extremamente invasivas, em razão do alto

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹²⁹[...] A menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, demonstra claramente que tais elementos vinculados à propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são "coisas" ou qualquer elemento de convicção", para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais. Nesse sentido, tome-se o exemplo de um smartphone: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam em muito o conceito de coisa ou de telefone. Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um smartphone, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? Suponha-se, de outra parte, que se pretenda utilizar um sistema capa? de captar emanções de calor de uma residência, para, assim, levantar indícios suficientes à obtenção de um mandado de busca e apreensão: se estará a restringir algum direito fundamento do interessado, a demandar a obtenção de um mandado expedido por magistrado imparcial de equidistante, sob pena de inutilizabilidade? O e-mail, incidentalmente alcançado por via da apreensão de um notebook, é uma "carta aberta ou não"? Enfim, o conceito de coisa, enquanto *res* tangível e sujeita a uma relação de pertencimento, persiste como referencial constitucionalmente ainda aplicável à tutela dos direitos fundamentais ou, caso concreto, deveria ser substituído por outro paradigma? Esse é um dos questionamentos básicos da aqui denominada de prova de terceira geração: "chega-se ao problema com o qual as Cortes interminavelmente se deparam, quando consideram os novos avanços tecnológicos: como aplicar a regra baseada em tecnologias passadas às presentes e aos futuros avanços tecnológicos". Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar. [...] (KNIJNIK, Danilo. **Temas de direito penal, criminologia e processo penal. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179).

grau de tecnologia que permite suas obtenções, sendo que, estas jamais seriam alcançadas por intermédio das técnicas tradicionalmente conhecidas¹³⁰.

O ministro Rogério Schietti Cruz, fazendo uma análise de jurisprudência comparada, trouxe aos autos o caso julgado pela Suprema Corte Norte Americana (*Rylei v. California*), no qual David Leon Rylei, após ser preso em flagrante, teve seus dados telefônicos violados pelos policiais que efetuaram sua prisão, de maneira similar ao ocorrido nos fatos que versam o *writ* em análise.

Precipuamente, trazemos uma breve síntese fática do caso julgado pela Suprema Corte Norte Americana:

David Leon Riley, cidadão norte-americano, em 22/8/2009 foi abordado pela Polícia de San Diego e surpreendido com a carteira de motorista vencida. Revistado o seu veículo, foram encontradas duas pistolas sob o capô do seu veículo. Imediatamente à busca do automóvel, a polícia investigou o seu telefone celular sem um mandado e descobriu que Riley era um membro de uma gangue envolvida em inúmeros assassinatos. O advogado de Riley sustentou a ilegalidade de todas as provas, visto que os policiais tinham violado a Quarta Emenda. O Juiz rejeitou este argumento, considerou a busca legítima sob a doutrina do *Chimelrule* (algo equivalente ao entendimento esposado no HC n. 91.867/PA, do STF) e condenou Riley. (grifo nosso).¹³¹

Em âmbito recursal, a decisão proferida em primeira instância foi mantida, sob o argumento de que a pesquisa exploratória realizada em aparelho celular, pelos policiais, nos casos em que este estiver em posse, ou próximo, do abordado, não é proibida pela Quarta Emenda da Constituição dos EUA.

Mencionando os precedentes da Suprema Corte dos EUA, nos termos do julgado: *People v. Diaz*, o qual também foi citado pela Corte de Apelo, a Suprema Corte da Califórnia ratificou o entendimento originário, concordando que os agentes públicos, com o escopo de preservarem as provas, estão autorizados a averiguar objetos apreendidos em posse do abordado, bem como realizar buscas, sem mandado prévio.¹³²

Todavia, de maneira inovadora, ao analisar o referido caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos instaurou novo precedente, concordando com a tese ventilada pelo defensor de Riley, Jeffrey L. Fischer, professor de direito da

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹³¹Idem.

¹³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Universidade de Stanford, dando conta de que a atuação dos policiais violou o direito à privacidade de Riley, nos seguintes termos:

O Chief Justice John Roberts, em nome da Corte, concluiu que um mandado é necessário para acessar o telefone celular de um cidadão na hipótese de prisão em flagrante, haja vista que "telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção". No original: Modern cell phones are not just another technological convenience. With all they contain and all they may reveal, they hold for many Americans "the privacies of life". The fact that technology now allows an individual to carry such information in his hand does not make the information any less worthy of the protection for which the Founders fought¹³³.

Por fim, Cruz mencionou que, no mesmo sentido do entendimento adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, encontra-se o voto do relator Nefi Cordeiro, o qual asseverou que, salvo mandado judicial, a intimidade, vida privada, imagem e honra, são invioláveis, sendo, inclusive, assegurado o direito a indenização pelos danos decorrentes de sua violação, vez que: "a Constituição Federal prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas".¹³⁴

Conforme ressaltado no início da análise do voto proferido pelo ministro Rogério Schietti Cruz, o julgador, embora tenha reconhecido a ilicitude das provas obtidas mediante ao acesso a dados telefônicos sem prévia autorização judicial, foi enfático ao afirmar que, referida ilegalidade, deve ser analisada "caso a caso", vez que cada um possui suas peculiaridades, nos seguintes termos:

O tema é novo e, salvo o citado precedente do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já passados mais de 10 anos, é ainda sujeito a oscilações. Por ora, e sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito, sigo o entendimento do eminente relator. Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões *a priori* absolutas. Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de *whatsapp* sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente.¹³⁵

¹³³Idem.

¹³⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹³⁵Idem.

Encerrando a análise do RHC de nº51.531, passamos a examinar o voto proferido pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, a qual iniciou sua manifestação afirmando que assiste razão o tribunal *a quo* ao entender que o disposto no inciso XII do artigo 5º da CF diz respeito apenas às comunicações telefônicas e não aos dados de aparelho celular¹³⁶.

A ministra ressaltou que a interceptação telefônica ocorre de maneira simultânea aos fatos, ou seja, apenas após sua decretação que as provas são produzidas, diferentemente do que acontece com os dados de aparelho telefônico, os quais se relacionam a informações ocorridas anteriormente ao acesso, asseverando que: “Dessa forma, é possível concluir que a parte final do artigo 5º, inciso XII, protege a comunicação de dados, não os dados em si mesmos”.¹³⁷

Todavia, a julgadora asseverou que, inobstante o fato de os dados telefônicos não serem alcançados pelo disposto no inciso XII do art. 5º da CF, isso não significa que referidos dados estejam à margem de proteção constitucional, mencionando as inúmeras funções que os *smartphones* desempenham atualmente¹³⁸, desse modo, armazenando uma infinidade de dados referentes à intimidade de seu possuidor.

Dessa maneira, a ministra entende que referidos dados encontram proteção constitucional, asseverando que: “É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição”¹³⁹, sendo assim, a proteção aos dados celulares trata-se de direito fundamental a privacidade.

A ministra prosseguiu seu voto destacando que, como todos os direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico, o direito a privacidade não é absoluto, desse modo, podendo ser restringido quando estiver em confronto com outro preceito fundamental, como, por exemplo, o direito à segurança pública (artigo 144

¹³⁶Idem.

¹³⁷Idem.

¹³⁸ Os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais, como há pouco tempo atrás, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. Tais aparelhos multifuncionais contêm hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc. Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho.

¹³⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

da Constituição Federal¹⁴⁰), consistente no interesse do Estado em que as autoridades possam ter acesso aos dados celulares de indivíduos presos em flagrante de delito, para tanto, fazendo menção a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Convém trazer em voga a análise realizada pela ministra em relação ao conflito de interesses constitucionais:

O texto constitucional, ao abranger princípios e interesses conflitantes, reproduz as tensões existentes no seio da sociedade, cabendo ao legislador e ao intérprete encontrar o caminho de consenso através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Na busca da ponderação dos interesses envolvidos na presente situação, deve-se notar que o Supremo Tribunal Federal possui um precedente no qual se admitiu a legalidade da análise pelas autoridades policiais dos últimos registros telefônicos dos aparelhos celulares apreendidos após a prisão em flagrante. Na ocasião, as autoridades policiais encontram ligações realizadas entre o executor de um homicídio e o titular do aparelho telefônico¹⁴¹ (HC 91867, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 19/09/2012).

Nessa guisa, a ministra pondera que, malgrado o inciso X do artigo 5º da CF não tenha previsão de restrição, conforme ocorre com o XII do mesmo artigo constitucional, tal fato não significa que o direito a privacidade possui caráter absoluto, pelo contrário, este pode sim ser relativizado em face ao um “choque” de interesses e princípios. Nesse norte, tem-se que, uma vez tratando-se de direitos fundamentais do cidadão, deve se ter a maior cautela possível ao impor referida restrição, a qual deve ser realizada sobre as regras do devido processo legal¹⁴².

A ministra prossegue salientando que o tema ainda é bastante controverso, não só em território nacional, para tanto, ressaltando que pouco tempo após a decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Rylei v. Califórnia*, a Suprema Corte do Canadá entendeu, por maioria (04 votos a 03), pela legalidade do acesso dos policiais militares, sem prévia autorização judicial, aos dados telefônicos, quando a devassa ocorrer logo após a prisão em flagrante¹⁴³.

¹⁴⁰Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. de 2018.

¹⁴¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁴²Idem.

¹⁴³Idem.

Para melhor análise do voto, convém destacar a síntese fática realizada pela ministra sobre o caso julgado pela Suprema Corte do Canadense (*R. v. Fearon*):

No caso concreto, dois homens – um deles armado com uma espingarda – roubaram uma comerciante enquanto ela transferia joias para o seu carro, fugindo em seguida. No mesmo dia, mais tarde, policiais encontraram o veículo da fuga, prenderam os suspeitos e, ao revistar um deles, encontraram um aparelho celular em seu bolso. Acessando imediatamente os dados constantes no aparelho, encontraram mensagens em que os suspeitos comunicavam que haviam realizado o roubo, bem como algumas fotos, inclusive da espingarda utilizada para a prática do crime. Um dia depois, com base em um mandado judicial de busca e apreensão para o exame do veículo, a espingarda, utilizada no roubo e retratada na foto, foi encontrada. Meses depois, as autoridades policiais requereram e obtiveram judicialmente a quebra do sigilo dos dados telefônicos, mas não foram encontradas novas evidências¹⁴⁴.

No referido julgado, a Suprema Corte Canadense entendeu que, excepcionalmente, é válido o acesso aos dados telefônicos por ocasião da prisão, que é legitimado pelo efetivo exercício da segurança pública, posto que, como o exemplo citado, referido acesso pode levar a autoridade policial a localizar armas de fogo, produtos de crime, bem como a identificar cúmplices do delito, dentre outras vantagens para persecução penal, como a preservação de provas e identificação de riscos aos agentes públicos.

Para tanto, a Suprema Corte estipulou quatro requisitos que devem estar presentes para que o acesso, sem prévia autorização, seja legal, quais sejam:

Por outro lado, consignou-se a necessidade de observância de quatro condições para a legitimidade da medida, com o objetivo de balancear os interesses inerentes à persecução penal e ao direito fundamental à privacidade: a) a prisão tem de ser lícita; b) o acesso aos dados do aparelho celular tem de ser verdadeiramente incidental à prisão, realizado imediatamente após o ato para servir efetivamente aos propósitos da persecução penal, que, nesse contexto, são os de proteger as autoridades policiais, o suspeito ou o público, preservar elementos de prova e, se a investigação puder ser impedida ou prejudicada significativamente, descobrir novas provas; c) a natureza e a extensão da medida tem de ser desenhadas para esses propósitos, o que indica que, em regra, apenas correspondências eletrônicas, textos, fotos e chamadas recentes podem ser escrutinadas; d) finalmente, as autoridades policiais devem tomar notas detalhadas dos dados examinados e de como se deu esse exame, com a indicação dos aplicativos verificados, do propósito, da extensão e do tempo do acesso. Este último requerimento de manutenção de registros da medida auxilia na posterior revisão judicial e permite aos policiais agir em estrito cumprimento às demais condições expostas¹⁴⁵.

¹⁴⁴Idem.

¹⁴⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Partindo para o desfecho de seu voto e, mais uma vez utilizando-se do direito comparado, com o escopo de demonstrar a atualidade e controvérsia do presente tema, a ministra mencionou um caso julgado pelo Tribunal Constitucional da Espanha no ano de 2013.¹⁴⁶

No caso aludido, alguns indivíduos foram surpreendidos pela autoridade policial em posse de uma quantidade de Haxixe, todavia, lograram êxito em empreenderem fuga, de modo que, após acessarem a agenda telefônica dos aparelhos celulares que foram deixados para trás, os agentes públicos obtiveram sucesso em localizar e identificar um dos indivíduos¹⁴⁷.

Em julgamento, o Tribunal Constitucional da Espanha entendeu que a ação realizada pelos agentes públicos não passou de uma “ingerência leve” na intimidade dos suspeitos, tendo em vista que a devassa atingiu apenas a agenda telefônica dos celulares, de modo que, observando-se o princípio da proporcionalidade, as provas deveriam ser admitidas no processo.

Todavia, o Tribunal elucidou que a situação seria outra, caso os policiais tivessem acessado outras funcionalidades dos aparelhos, o que caracterizaria uma invasão vultosa a intimidade dos titulares dos celulares.

Concluindo sua manifestação, a ministra acompanhou o relator, entendendo pela ilegalidade das provas obtidas de maneira contrária aos preceitos fundamentais, ante a ausência de um fator que justificasse a urgência em coletar os referidos dados. Todavia, a ministra destacou a possibilidade de que, em razão do prejuízo que a demora de um mandado judicial pode acarretar para o processo, bem como para a vítima, referidas provas sejam legítimas, mencionando o seguinte caso hipotético:

Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um

¹⁴⁶ Pleno, **Sentencia** 115/2013, de 9 de maio de 2013 – BOR num. 133, de junho de 2013. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Apostila_Oficina_Investigacao_Criminal.pdf. Acesso em 17 set.2018

¹⁴⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

cativeiro recém-abandonado: o acesso *incontinenti* aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado¹⁴⁸.

Por derradeiro, trazemos em voga as ponderações feitas pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias, em seu Informativo de nº 371, em relação aos votos dos ministros no RHC de nº 51.531:

a) Os votos dos Ministros Rogério Schietti Cruz e Maria Thereza de Assis Moura evidenciam que a ilegalidade da prova obtida diretamente pela polícia cinge-se aos fatos do caso concreto julgado pela 6ª Turma do STJ, em que: i) a polícia acessou diretamente o conteúdo de conversas mantidas através do aplicativo Whatsapp que se encontravam armazenadas no celular apreendido com o preso; ii) o aparelho celular foi apreendido incidentalmente à prisão em flagrante delito do paciente. b) Portanto, a princípio: a decisão não se aplica indistintamente a todos os dados armazenados em telefones celulares (como a agenda telefônica, no caso do precedente do STF, HC 91.867/PA, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, 24/04/2012, DJe 20/09/2012), bem como não se aplica para impedir o acesso direto a qualquer conteúdo de aparelhos apreendidos em decorrência do cumprimento de prévio mandado judicial de busca e apreensão do aparelho de telefonia móvel. c) Especialmente pelo voto-vista da Ministra Maria Thereza de Assis Moura a decisão deixa margem argumentativa para que seja racionalmente sustentada a validade de prova colhida através do acesso direto a conversas de Whatsapp (e outros dados similares, como e-mails) armazenadas em celulares apreendidos incidentalmente a prisões em flagrante. d) Esta validade, no entanto, depende dos fatos do caso concreto, sendo necessária a comprovação da presença de um elemento de urgência¹⁵ que demonstre a necessidade, a adequação e a proporcionalidade no acesso a tais informações. Em suma, aplica-se o princípio da proporcionalidade: quanto maior for a intrusão à intimidade maior deverá ser a efetiva urgência do acesso para a investigação do caso concreto¹⁴⁹.

Sendo assim, extrai-se dos votos que, malgrado os ministros tenham entendido, por unanimidade, que as provas obtidas mediante o acesso aos dados telefônicos, sem prévia autorização judicial, são ilícitas, em face à violação ao direito constitucional à privacidade, verifica-se que os julgadores, ao realizarem as devidas ressalvas, delimitaram que referida ilegalidade deverá ser analisada em cada caso concreto, de modo que, em certos casos, em face da urgência da coleta dos dados, o acesso sem prévia autorização judicial poderá realizar-se, sem que ocorra a contaminação das provas decorrentes da consulta.

¹⁴⁸STJ, RHC 51.531/RO, nº 21. Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016. Inteiro Teor do **Acórdão** disponível em: <https://bit.ly/2JyD4ru>. Acesso em 11 de Junho de 2018

¹⁴⁹ Centro de Apoio Operacional das Promotorias. **A prova obtida a partir de acesso a dados do Whatsapp**. Informativo 371. Pág. 8 e 9. Disponível em: < <http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-2098.html>>. Acesso em: 17 set.2018.

5. CONCLUSÃO

Ao fim de nossa pesquisa, após os esclarecimentos acerca das provas e do procedimento probatório, em um processo penal à luz da Constituição Federal, concluímos que o acesso aos dados telefônicos trata-se de um meio de obtenção de prova, ou seja, consiste no caminho que leva a prova propriamente dita.

Nesse diapasão, verificamos que as provas obtidas em violação aos direitos fundamentais, impreterivelmente, devem ser desentranhadas dos autos, vez que representam um enorme risco ao processo penal, podendo conduzir o julgador a uma decisão injusta, em face à quebra da cadeia de custódia das provas.

Posto isso, constatamos que os agentes públicos não detêm legitimidade para realizar a devassa dos dados telefônicos sem prévia autorização judicial, eis que além da ausência de motivação para a violação dos direitos constitucionais à intimidade, privacidade e imagem, referida prática impossibilita qualquer tipo de fiscalização do *modus operandi* utilizado na obtenção das provas, tornando impossível asseverar que as informações trazidas aos autos tratam-se, efetivamente, dos dados que estavam armazenados no dispositivo.

Além do mais, tem-se que a mera suspeita de que o aparelho celular do abordado possa conter informações, pertinentes, relativas a alguma prática criminosa, não se mostra suficiente para suprimir os direitos fundamentais deste, devendo a devassa ser precedida de fundamentação idônea, ante a importância das garantias fundamentais que serão relativizadas.

Nesse contexto, infere-se que a autorização, para que se realize a devassa dos dados telefônicos, concedida pelo indivíduo que encontrasse preso, ou sendo abordado, não possui validade, tendo em vista que este se encontra em situação de pressão, desse modo, caracterizando o constrangimento ambiental, assim, tornando o acesso aos dados telefônicos ilegítimo.

Ainda, concluímos que todas as informações obtidas por intermédio da devassa ilegal dos dados telefônicos devem ser desconsideradas, inclusive maculando futuras diligências desencadeadas pelo referido acesso, com fulcro na teoria dos frutos da árvore envenenada, mesmo que estas tenham sido devidamente autorizadas, deste modo, como já ressaltado ao longo do estudo, podendo gerar a impunidade.

Destarte, imagina-se que após a obtenção de informações, através da devassa dos dados telefônicos não autorizada, de que o abordado possui uma

grande quantidade de entorpecentes armazenados em sua residência, a autoridade policial solicita ao juiz um mandado de busca e apreensão, o qual é concedido, caso a polícia logre êxito em localizá-las, todo material não poderá ser utilizado como prova da materialidade do crime, devendo ser desentranhado dos autos.

Em que pese à busca aludida tenha precedido de autorização judicial, esta foi desencadeada pelo acesso inconstitucional aos dados do interessado, assim, contaminando o deslinde da investigação, vez que em face a quebra da cadeia de custódia da prova, não há garantias de que, tanto as informações constantes no dispositivo, quanto às drogas localizadas, não tenham sido implantadas pelos agentes públicos.

Assim, considerando a impossibilidade de comprovar que a atuação dos agentes públicos não tenha sido revestida de outras ilegalidades, fora o acesso descabido e ilícito, deve-se presumir a contaminação das provas, pois, do contrário, o interessado estaria dependendo da boa fé dos servidores, desse modo, encontrando-se em uma perigosa situação de insegurança jurídica.

Constatou-se, ainda, que o acesso aos dados telefônicos realizado pelos policiais, sem prévia autorização, consiste em abuso de autoridade, desencadeando severas consequências para a sociedade, uma vês que além da hipótese de se imputar, falsamente, fatos criminosos a um inocente, o acesso em apreço contamina as provas que, em sua essência, eram legítimas.

Por fim, não ouvida-se que a realização de perícia em todos os aparelhos apreendidos levaria um longo tempo. Posto isso, asseveramos que referida prática deve tratar-se de exceção, ou seja, a privacidade do indivíduo só poderá ser violada ante a efetiva necessidade de realização da devassa, de modo que a mera suspeita de que os dados do dispositivo possam auxiliar na apuração dos fatos não é suficiente para legitimar o acesso aos dados telefônicos, o qual só devesse ocorrer mediante decisão fundamentada do juízo, devendo este analisar a pertinência de relativização de referidos direitos constitucionais.

Todavia, torna-se inconteste que em certos casos, conforme destacado pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, em que a demora de realização da devassa possa trazer prejuízos irreparáveis para a vítima, o acesso possa ocorrer de maneira imediata, todavia, tal acesso devesse servir exclusivamente para garantir a segurança da vítima e não como prova apta a sustentar um decreto condenatório;

Como por exemplo, um episódio de extorsão mediante sequestro, em que, ao chegar em um dos cativeiros, a autoridade policial localiza um aparelho celular de

propriedade de um dos sequestradores e, ante a possibilidade de detectar o local onde a vítima encontra-se encarcerada, entendemos que seria legítima a realização de devassa dos dados telefônicos, todavia, com o escopo específico de localizar o ofendido, assim, as informações obtidas, em razão do acesso, não poderiam ser utilizadas para um decreto condenatório, tendo em vista a quebra da cadeia de custódia. Nesse ponto, malgrado as informações, constantes no dispositivo, em relação ao paradeiro da vítima coadunem com a realidade dos fatos, impossível seria comprovar que, efetivamente, estavam originalmente armazenadas no aparelho.

Outrossim, vislumbra-se que as provas obtidas mediante o acesso aos dados telefônicos só poderão ser utilizadas se colhidas com respeito aos direitos fundamentais, não tratando-se apenas de resguardo aos direitos individuais do interessado, mas sim de assegurar o procedimento penal justo.

Seguidamente, verificou-se que ante a possibilidade de localizar uma infinidade de conteúdos relevantes para a investigação criminal, o acesso aos dados telefônicos deve ocorrer com maior cautela, preservando a cadeia de custódia probatória, pois do contrário, propensos resultados probatórios não poderão ser utilizados pelo julgador para formar seu convencimento.

Sendo assim, tendo em vista a ausência de motivação e fiscalização do acesso aos dados telefônicos sem prévia autorização judicial, deve se presumir a supressão de elementos informativos, ou, até mesmo, deturpação do conteúdo constante no dispositivo, haja vista que em sentido contrário aos casos de interceptação telefônica, nos quais pode se realizar perícia para constatar a exclusão de mencionados elementos que alterem o contexto da prova acostada aos autos, é impossível obter tais informações no que tange aos dados telefônicos, em razão da ausência de registros da devassa realizada.

Nessa linha, me parece que a maneira correta para a obtenção das provas constantes no aparelho celular, em casos de menor complexidade, seria, após esse ser apreendido, acondicionado em um recipiente lacrado e encaminhado até a delegacia, fosse realizada a devassa, impreterivelmente, na presença de um advogado de defesa e, se possível, um membro do Ministério Público, desse modo, preservando o conteúdo probatório.

De outro norte, nos casos que demandem maior técnica do operador, o acesso aos dados deve ser operado por um perito capacitado, todavia, igualmente, na presença de uma representante da defesa.

Concluí-se, portanto, que todas as informações obtidas por intermédio da devassa dos dados telefônicos sem prévia autorização judicial, em hipótese alguma, podem vir a ser utilizadas para sustentar um decreto condenatório, pois, caso isso ocorra, estaríamos nos afastando do Estado Democrático de Direito e regredindo à era inquisitorial.

REFERÊNCIAS

- Acesso a dados em celular exige autorização judicial.** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-06/rafael-garcia-acesso-dados-celular-exige-autorizacao-judicial>>
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 195.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 1645137. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Brasília, DF, 03 de junho de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449419068/recurso-especial-resp-1645137-mt-2016-0335417-5>>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51.531. Relator: Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JyD4ru>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.867. Relator: Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, UF, 24 de abril de 2012. Brasília, 20 set. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2sU615Q>>.
- Centro de Apoio Operacional das Promotorias. **A prova obtida a partir de acesso a dados do WhatsApp.** Informativo 371. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-2098.html>>.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm.
- LESSONA, Carlos. **Teoria general de laprueba em derecho civil.** Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1982. p.3
- LOPES JR, Aury apud CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**, vol.2.
- LOPES JR, Aury apud TARUFFO, Michele, **La prueba de lós hechos.**
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Critérios de validade para vasculhar o celular (WhatsApp) do preso.** 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/limite-penal-criterios-validade-vasculhar-celular-whatsapp-preso>.
- MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). Brasília, DF, 23 de outubro de 2014. Brasília, 10 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=259567&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. apud LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual edidritto processuale civile**: Principi. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. apud TARUFFO, Michele, **La prova dei fattigiuridici** – Nozionigenerali..

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme Souza. **Provas no Processo Penal**, 4ª edição. Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**.21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PARANÁ. 13.a Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Sentença**. Ação Penal n°.0004679-27.2016.8.16.0013. Disponível em:<<https://bit.ly/2MjMRz5>>.

Pleno, **Sentencia** 115/2013, de 9 de maio de 2013 – BOR num. 133, de junho de 2013. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Apostila_Oficina_Investigacao_Criminal.pdf.

PRADO, Geraldo. “**Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas**”, in Boletim do IBCCrim, n. 262, setembro de 2014, p. 16-17. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal#_edn> .

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.