

**APARELHOS CELULARES: A COLHEITA DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO
HÁBEIS A ESCLARECER A AUTORIA DO DELITO**

CELLULAR DEVICES: THE COLLECTION OF INFORMATION ABLE TO
CLARIFY THE AUTHORSHIP OF THE CRIME

Augusto Oliveira Silva¹
Hugo Caetano de Souza Silva²
Lucas Paz Diniz³
Matheus Ferreira Franco⁴
Raphael Delfino Oliveira⁵
Raymerson Vieira dos Santos⁶
Rodrigo de Paiva Lopes Silva⁷
Thiago Rodrigues Pereira⁸
Tiago Ribeiro da Silva⁹

RESUMO

Esta pesquisa é um corolário no que diz respeito ao avanço tecnológico e a proteção constitucional que é concedida à privacidade e intimidade diante dos aparelhos telefônicos carregados de informações. O método utilizado foi o qualitativo, e o referencial teórico obtido por meio de pesquisas bibliográficas, na legislação constitucional e posicionamentos jurisprudências, em que se verificou a relativização do direito à privacidade, o que possibilitou compreender que provas obtidas sem ordem judicial em telefone celular apreendido em razão de flagrante podem ser admitidas.

Palavras chave: Avanço tecnológico. Aparelhos telefônicos. Privacidade. Provas. Ordem judicial.

¹ Graduado em Gestão de Segurança Pública e Privada pela Faculdade de Tecnologia e Educação de Goiás FATEG. Discente do Curso de Formação de Soldados 2020, da Polícia Militar de Minas Gerais, 9ª RPM – Uberlândia.

² Graduado em Direito pela Escola Superior Madre Celeste ESMAG. Discente do Curso de Formação de Soldados 2020, da Polícia Militar de Minas Gerais, 9ª RPM – Uberlândia.

³ Graduado em Gestão da Tecnologia Pública pela Faculdade de Tecnologia SENAC. Discente do Curso de Formação de Soldados 2020, da Polícia Militar de Minas Gerais, 9ª RPM – Uberlândia.

⁴ Graduado em Enfermagem pela Faculdade LS. Discente do Curso de Formação de Soldados 2020, da Polícia Militar de Minas Gerais, 9ª RPM – Uberlândia.

⁵ Graduado em Processos Gerenciais pelo Centro Universitário Internacional UNINTER. Discente do Curso de Formação de Soldados 2020, da Polícia Militar de Minas Gerais, 9ª RPM – Uberlândia.

⁶ Graduado em Gestão de Segurança Pública pela Faculdade Camburi. Discente do Curso de Formação de Soldados 2020, da Polícia Militar de Minas Gerais, 9ª RPM – Uberlândia.

⁷ Graduado em Gestão de Segurança Pública pela Faculdade de Tecnologia e Educação de Goiás FATEG. Discente do Curso de Formação de Soldados 2020, da Polícia Militar de Minas Gerais, 9ª RPM – Uberlândia.

⁸ Graduado em Gestão de Segurança Pública pela Faculdade de Iporá FAI. Discente do Curso de Formação de Soldados 2020, da Polícia Militar de Minas Gerais, 9ª RPM – Uberlândia.

⁹ Graduado em Gestão de Segurança Pública pela Faculdade Unidas de Campinas FacUNICAMPS. Discente do Curso de Formação de Soldados 2020, da Polícia Militar de Minas Gerais, 9ª RPM – Uberlândia.

**APARELHOS CELULARES: A COLHEITA DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO HÁBEIS A
ESCLARECER A AUTORIA DO DELITO**

ABSTRACT

This research is a corollary with regard to technological advancement and the constitutional protection that is granted to privacy and intimacy in the face of information-laden telephone devices. The method used was qualitative, and the theoretical framework obtained through bibliographic research, in constitutional legislation and jurisprudence positions, in which the right to privacy was relativized, which made it possible to understand that evidence obtained without a court order on a seized cell phone on account of flagrante can be admitted.

Keywords: Technological advance. Handsets. Privacy. Evidences. Court order.

1 INTRODUÇÃO

Quem se debruçar sobre estas linhas, está certamente envolvido pelos avanços tecnológicos que a sociedade se depara a cada dia, e não seria diferente a sua utilização para fins ilícitos, sobretudo, em relação aos aparelhos de telefone celular, e toda abrangência que estes dispositivos de comunicação possuem.

Vivemos, contemporaneamente, época em que estes aparelhos, não mais se restringem somente às comunicações telefônicas. Se tornaram, computadores portáteis, aptos a realizar diversas funções, e gradualmente, colhem mais dados e informações de cunho pessoal, nos quais também podem ser localizados rastros e provas de atividades criminosas.

Sendo o direito concretizado na sociedade, dinâmico e longe de possuir verdades inafastáveis, o crescente número de aparelhos de telefonia celular, bem como o avanço tecnológico, tem ganhado um olhar atento sobre a resguardada privacidade individual. Mesmo que busque diariamente proteger a intimidade de seus usuários, não pode deixar de amparar a sociedade como um todo e inibir o seu uso para fins ilícitos e criminais destes aparelhos.

Nesse sentido, por meio de metodologia de pesquisa bibliográfica acerca do assunto, esta pesquisa tem como objetivo, alcançar um norte, sobre o processo penal em relação a utilização de provas obtidas em aparelhos telefônicos apreendidos, sem ordem judicial, ressaltando que não é o intuito esgotar o tema, mas, sim, colaborar com uma compreensão maior acerca da colheita das provas lícitas e ilícitas.

Decorre, dessas palavras que no direito, e, conseqüentemente, para seus variados campos profissionais, não haverá espaço para os que se contentam com horizontes restritos, para os que tratam os assuntos da sociedade de maneira banal, para casos em que o conhecimento não pode ser superficial.

2 A CONTROVÉRSIA SOBRE O TEMA.

É notório que a existência humana está cada vez mais atrelada a tecnologia, contudo, na medida em que a sua importância cresce, aumenta a sua utilização para fins ilícitos, sobretudo, tratando-se dos aparelhos de telefone celular, nos quais, encontra-se rastros e provas de atividades criminosas. Contudo, a obtenção de provas em ocorrências policiais por meio de acesso às conversas em aplicativos de mensagens, não tem encontrado unanimidade nas decisões judiciais.

No ano de 2007, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou improcedente o *Habeas Corpus* de número 66.368, de origem do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que procurava revogar uma prisão preventiva e por consequência o desentranhamento das provas que considerava ilícitas, tendo em vista, a sua obtenção ter sido realizada por autoridade policial sem autorização judicial, acessando às suas mensagens por aplicativo de mensagens.

Ante a relatoria do Ministro Gilson Dipp, a quinta turma do STJ, decidiu:

[...] Tal conduta, todavia, não configura quebra do sigilo telefônico, uma vez que somente foram averiguadas quais teriam sido as últimas ligações feitas, bem como as recebidas pelos celulares apreendidos, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos. Ademais, consoante o disposto no art.6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal, é dever da autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada (BRASIL. STJ, 2007, P. 673).

A defesa então impetrou *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal Federal (STF), buscando a revogação da prisão, onde questionava a decisão do STJ, o que não teve êxito, dado que o STF manteve a decisão a quo, sob o argumento de que conforme dispõe o artigo 6º do Código de Processo Penal (CPP) a autoridade policial tem o dever de proceder à coleta do material comprobatório a prática da infração penal, afim de esclarecer a autoria e a materialidade do delito.

Já no ano de 2012, o STJ em caso semelhante, no *Habeas Corpus* de número 51.531, com origem em Rondônia julgou ser necessário ordem judicial para ter acesso ao aparelho telefônico, por afrontar diretamente a liberdade da pessoa, abrigada pela Constituição Federal em seus direitos fundamentais.

É notório que o direito à privacidade tem ganhado relevância atualmente, tendo em vista, a evolução tecnológica e o advento da internet, principalmente com o uso de redes sociais,

APARELHOS CELULARES: A COLHEITA DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO HÁBEIS A ESCLARECER A AUTORIA DO DELITO

chats, fóruns e programas de mensagens instantâneas, que independente de vontade ameaçam o segredo da vida privada.

De maneira basilar, o direito à vida privada, o direito à intimidade e o sigilo, compõem o mesmo bem jurídico, podendo constituir-se como prova ilícita a imissão ao telefone celular sem a ordem judicial, mesmo que não seja este o fito da polícia, levando em conta a proliferação de conteúdos íntimos que não encontram barreira para atingir uma gama de pessoas de maneira célere e simplificada.

Não é irrefutável, porém, que o direito à privacidade seja absoluto, as interações entre a sociedade impedem que o valor atribuído a ela seja integral. É exequível que haja interesses públicos protegidos por normas constitucionais, que prevaleça sobre o indivíduo, utilizando-se para isso o princípio da proporcionalidade.

O núcleo dessa temática é nas hipóteses em que haja um preso, e este é explicitamente o dono do telefone celular e não concorda de maneira espontânea em desbloqueá-lo ou fornecer a senha de acesso. Diante deste contexto, é necessário agir de maneira precisa na consulta aos dados do celular, de maneira a harmonizar as finalidades do processo penal dentro de um cenário constitucional, usual e humano.

O que está valendo é a possibilidade de se alcançar a verdade, utilizando-se de um meio cuja finalidade seja de demonstrar a verdade de sua alegação, possibilitando maior variedade para o conhecimento, bem como o convencimento do judiciário, que irá proferir a decisão justa e imparcial.

Importante salientar que a urgência do interesse público pode justificar o acesso às informações contidas no celular sem a ordem judicial, considerando que o seu aguardo poderá ser prejudicial a uma investigação eficiente, e essencial para a descoberta da verdade, e colocar o interesse público em perigo.

É necessário que o agente descreva de maneira detalhada a ação para que encontre respaldo em posterior análise de juízo. Conforme o Habeas Corpus 91.867 do STF, o Ministro Gilmar Mendes ressalta que a construção argumentativa deve ser pautada a não desviar do real alvo da tutela constitucional.

Sendo assim, não se pode dar um valor rigoroso à privacidade, dado que princípios absolutos e incompatíveis poderiam tornar inviável a normatividade constitucional, como dado, o interesse público, direitos e bens jurídicos poderão ser mais relevantes do que a privacidade do indivíduo, sendo necessário uma justa causa, no intuito de harmonizar os direitos e bens jurídicos envolvidos.

3 A PRODUÇÃO DE PROVAS NA ABORDAGEM POLICIAL.

A abordagem policial serve de instrumento ao Estado para realizar a finalidade pública, finalidade esta que deve permear toda a concretização do ato de abordar, desde a formação da conduta suspeita, até o objetivo imutável de promover a segurança e de proteger a sociedade, que é o fim deste ato de interferência.

No último século, a abordagem policial tem ganhado um aliado no combate ao crime organizado, bem como, na resolução de situações do cotidiano da sociedade, isso se deve ao avanço tecnológico que se tornou ferramenta essencial na obtenção de provas, com o intuito de fornecer a autoria e materialidade durante a persecução penal.

O embate entre os recursos investigativos do Estado, como segurança pública, e o direito à intimidade dos presos ganhou lampejo com a multifuncionalidade dos aparelhos celulares, sendo capazes além de suas funções ordinárias de comunicação móvel, de guardar fotos, vídeos, mensagens, e-mails, documentos, registros telefônicos, dentre tantas outras possibilidades.

É sabido que as provas obtidas nas investigações para serem admitidas em um processo estão condicionadas a sua licitude, contudo, para a sua obtenção existem condutas, que, aparentemente ilícitas, podem justificar a sua obtenção, autorizando a medida. Interpreta-se que o agente, ao acessar o aparelho celular, conseguiria em alguns casos estar amparado pela figura da excludente de ilicitude, o que traria validade a prova obtida, sendo aproveitada no processo penal.

Inviável, contudo, deixar a critério somente dos agentes a avaliação sobre a urgência, necessidade e proporcionalidade do acesso, entretanto, em casos de urgência não haverá tempo hábil para o debate no judiciário. Uma circunstância similar se dá nos casos de legítima defesa, é uma situação que se presume ser de urgência, sendo impossível a análise prévia do Poder Judiciário. Diante de tal fato, é imprescindível que o acesso seja descrito e fundamentado, para posterior análise em juízo.

Com relação a excludente de ilicitude da prova, existem duas hipóteses de exclusão que são sustentadas inclusive pelo STF, sendo a busca pela prova de maneira legítima sem a dependência ou vínculo com a prova ilícita, chamada de fonte independente e a teoria da descoberta inevitável, em que uma prova derivada que tenha a sua colheita realizada sem autorização judicial no aparelho telefônico, pode ser considerada válida se, inevitavelmente tivesse sido descoberta através da quebra do sigilo telefônico do aparelho apreendido.

Todavia, a essas palavras, não pode ser deixado de lado o atual posicionamento do STJ, em que pese, o policial não pode sem prévia autorização judicial, acessar os dados constantes

APARELHOS CELULARES: A COLHEITA DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO HÁBEIS A ESCLARECER A AUTORIA DO DELITO

do aparelho celular do preso, tendo em vista, essa autorização respeitar requisitos de cautelaridade, que justifiquem ser imprescindível causar esse prejuízo à intimidade de outrem.

É oportuno, sobre este tema, recordar as palavras do Ministro Joel Ilan Paciornik, relator do Resp. 1.782.386, julgado pela 5ª Turma do STJ em 15 de dezembro de 2020:

A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ('*WhatsApp*'), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel. (BRASIL. STJ, 2020, P. 359)

Deve ser feita menção também, nesta passagem, sobre desdobramentos que são dignos de atenção, do STF, nos autos do ARE 1.042.075, sob o tema 977, de repercussão geral, o Ministro Dias Toffoli, em sua decisão, na data de 11 de novembro de 2020, considerou lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido em ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado. Pelo seu entendimento, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (Constituição Federal (CF), art. 5º, incisos X e XII). No momento, encontra-se sob vistas ao Ministro Alexandre de Moraes.

Sendo assim, é necessário considerar que os posicionamentos do STF, bem como do STJ, são avaliados em casos específicos e sofrem oscilações, sempre haverá, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo lutuoso o estabelecimento de conclusões absolutas.

CONCLUSÃO

O tema demonstra que não se pode utilizar na colheita de provas, quando invasivas, regras e técnicas tradicionais, baseadas em regras passadas e não mais adequadas à produção de provas. Estas regras, acerca da colheita de provas, foram criadas em um contexto obsoleto sem considerar a amplitude invasiva da privacidade em sua colheita através dos meios tecnológicos atuais.

Diante disto, a produção de provas no processo penal necessita de uma reavaliação quando realizada em aparelhos celulares, encontrando a sua justificativa no que a doutrina

denomina de provas de terceira geração, ou seja, são provas invasivas e impossíveis de se produzir de maneira tradicional.

Quando se debruça sobre os ensinamentos da doutrina e jurisprudência, nota-se que a vedação das provas ilícitas não tem caráter absoluto e pode ser utilizada quando em confronto com outras normas e princípios que assim justifiquem, como é o caso do interesse público, identificado no caso concreto pela Administração Pública.

Neste sentido, o interesse público deverá ser analisado pelo Juiz, quanto a admissão de provas colhidas em flagrante no aparelho, pois caso, a coletividade esteja sob risco, será lícita as provas colhidas. O judiciário, deverá nesse caso, arrazoar os direitos e interesses em conflito, no intuito de harmonizá-los.

É notório, conforme a doutrina e jurisprudência apresentadas, que não há no ordenamento jurídico pátrio, direitos a serem considerados absolutos, ele concretiza-se na sociedade, não podendo, portanto, utilizar o direito à privacidade unicamente para esconder práticas criminosas.

Afora os aspectos enumerados, mostra-se urgente a necessidade de reavaliação e readequação do Código de Processo Penal no que tange a colheita das provas. Neste momento, sem prejuízo de melhores considerações, o que se pode concluir é a ideia de compreensão do propósito da tutela constitucional no caso concreto, de maneira a não se utilizar da proteção dos direitos individuais como meio de ocultar e praticar crimes, levando-se em conta o interesse público, a urgência e os direitos envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 18^a Ed. Salvador: Editora Saraiva, 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime**. Relator: Dias Toffili. 2017. Pesquisa de jurisprudência.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977#>. Acesso em 09 jun. 2021.

**APARELHOS CELULARES: A COLHEITA DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO HÁBEIS A
ESCLARECER A AUTORIA DO DELITO**

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 66.368/PA-Pará. Relator: Ministro Gilson Dipp. 2006. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19236934/habeas-corpus-hc-66368-pa-2006-0201607-4/inteiro-teor-19236935>>. Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 70.814-5/SP-São Paulo. 1994. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 51.531/RO-Rondônia. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Pesquisa jurisprudência. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-51531-ro-2014-0232367-7/inteiro-teor-340165652> Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 91.867/PA-Pará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº. 23.452/RJ**: Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>. Acesso em: 01 jun. 2021.

GRECO. Rogério. **Atividade policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. Ed. 8ª. Niterói: Impetus. 2017.