

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

JENIFER GOMES RODRIGUES VIANA

**A VISUALIZAÇÃO DE APLICATIVOS DE CONVERSAS PELA POLICIA EM
APARELHOS CELULARES APREENDIDOS**

Guarapari/ES

2019

JENIFER GOMES RODRIGUES VIANA

**A VISUALIZAÇÃO DE APLICATIVOS DE CONVERSAS PELA POLICIA EM
APARELHOS CELULARES APREENDIDOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de
Guarapari, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Fábio Almeida Pedroto

Guarapari/ES
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI
2019

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **A VISUALIZAÇÃO DE APLICATIVOS DE CONVERSAS PELA POLICIA EM APARELHOS CELULARES APREENDIDOS**, elaborado pelo aluno JENIFER GOMES RODRIGUES VIANA foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de **BACHAREL EM DIREITO**.

Guarapari, ____ de _____ 2019.

Prof. Fábio Almeida Pedroto
Faculdades Doctum de Guarapari
Orientador

Prof. Fabricio da Mata Corrêa
Faculdades Doctum de Guarapari

Prof. Kelvia Faria Ferreira
Faculdades Doctum de Guarapari

“O Senhor é a minha Luz e a minha
salvação, a quem temerei? O Senhor é a
força da minha vida, de quem me recearei?
”

Salmos 27.1

A VISUALIZAÇÃO DE APLICATIVOS DE CONVERSAS PELA POLICIA EM APARELHOS CELULARES APREENDIDOS

Jenifer Gomes Rodrigues Viana¹

M. Fábio de Almeida Pedrotto²

RESUMO

Vivemos em um crescente avanço tecnológico, na qual a informação sobre a vida privada e intimidade, ficam expostas nos aplicativos celulares. E nos dados como por exemplo, fotos, vídeos. A relevância deve – se, pois, levar em consideração que a aplicação do direito deve estar sempre de acordo com a atualidade da sociedade. Visto que há poucos anos o celular não continha aplicativos de comunicação senão a mera opção de ligação. A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XII, assegura a inviolabilidade deste sigilo das comunicações, garantindo a proteção, e só é autorizada por meio de decisão judicial, e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal. Esse princípio assegura a privacidade das mensagens transmitidas, garantindo como disposto essencial a proteção da liberdade de expressão no estado democrático de direito. Também a Lei que, regulamenta a interceptações telefônicas e telemáticas, 9.296 de 24 de julho de 1996. Nesse sentido esse artigo expõe a necessidade de autorização judicial para o acesso de policias em dados contidos nos aparelhos celulares, para obter alguma informação do aplicativo celular do indivíduo, sem autorização judicial. Tornando todas as provas produzidas ilícitas, por esta violando as premissas básicas da dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos fundamentais. Pelo fato de possuir dados pessoais que podem gerar uma violação aos direitos constitucionais, como: a dignidade da pessoa humana, a honra, a imagem, e intimidade. Assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

Palavras-chave: Diretos Fundamentais. Inviolabilidade do sigilo das comunicações. Autorização judicial. Acesso de dados em aparelhos celulares.

1 INTRODUÇÃO

O estudo foi desenvolvido com o intuito de compreender os avanços tecnológicos de aplicativos celulares, tratando da ilicitude de provas obtidas em decorrência do acesso a dados nos celulares sem ordem judicial.

¹ Graduanda em Direito. E-mail: jenifer.g.r@hotmail.com

² Mestre em Direito. E-mail: pedrotodoctum@gmail.com

Desta forma esse artigo expõe a necessidade de autorização judicial para o acesso policial aos dados contidos no aparelho celular, pelo fato de possuir inúmeros dados pessoais que podem gerar uma violação de intimidade e privacidade.

De forma mais adequada ao cenário tecnológico atual, o Ministro Nefi Cordeiro, STJ, em sua decisão RHC/RO 51.531, declarou ilícita a prova produzida em decorrência do acesso a dados no celular sem prévia ordem judicial. Sendo consideradas nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no aplicativo WhatsApp, presentes no celular do suposto autor de fato criminoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante.

Surgindo a seguinte problemática: a mera analogia com a lei existente supre a necessidade para responder se o policial pode ou não, visualizar conversas em celulares apreendidos, ou é necessário a criação de uma lei específica para tipificar a autorização?

Portanto, tem como objetivo geral de avaliar a autorização para acessar os dados em celulares apreendidos. O objetivo específico é analisar os princípios e garantias constitucionais, identificar a violação do direito adquirido, e verificar se há nulidade das provas obtidas em virtude da ilicitude das provas colhidas.

A temática desse trabalho é dividida em cinco capítulos, sendo assim, o primeiro capítulo é o desenvolvimento da introdução, os segundos capítulos tratam dos princípios e garantias constitucionais e a inviolabilidade do sigilo das comunicações prevista na Constituição Federal. Garantindo a inviolabilidade da privacidade dos indivíduos, protegendo a vida privada que através da sua inviolabilidade, é assegurada o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. E proíbe a violação do sigilo das comunicações, salvo no último caso de ordem judicial, protege os indivíduos do direito de ser comunicar de forma livre, sem que fica exposta a terceiros. E qualquer prova em virtude da violação do direito é inadmissível no processo.

O terceiro capítulo trata da Lei 9.296/ 1996 Lei da Interceptação Telefônica e telemática, não protege somente de ligação, e sim de comunicação de qualquer natureza, nos protege da divulgação de dados particulares, por exemplo WhatsApp, Instagram, incluindo também os sistemas de informática. Garantindo que a interceptação aconteça através de ordem judicial.

O quarto capítulo trata o conceito de poder de polícia, e o acesso do celular sem autorização judicial pela polícia. O poder de polícia é a atividade do Estado que consiste em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Desta forma, a autoridade policial não pode visualizar os dados em celulares sem a autorização judicial, pois as informações violadas não serão consideradas como prova na fase processual, por se tratar de provas obtidas de forma ilícita. E por fim, jurisprudências acerca do assunto.

2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Com base no ensinamento de Felipe Polido Urbano (2014, p. 12) é possível concluir que os direitos fundamentais, como atualmente são conhecidos, surgiram com a fusão de várias fontes, tendo início com tradições de civilizações antigas. Ao longo de décadas a ideia de se estabelecer direitos e garantias fundamentais foi evoluindo, mas sempre buscando um único objetivo, limitar e controlar os abusos de poder do Estado assim como de suas autoridades constituídas e construir uma base de princípios que pudessem garantir um convívio em sociedade de modo a reger um Estado moderno. Portanto, os direitos e garantias fundamentais já existiam muito antes das Constituições, sendo que estas surgiram após e, tendo como um de seus objetivos, transcrever, em um documento escrito, alguns direitos e garantias humanas fundamentais, visando consagrar o respeito à dignidade humana, garantir que o poder do Estado seja limitado e buscar um desenvolvimento pleno do ser humano. Ainda de acordo com entendimento de Polido, no Brasil estão previstos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 um grande rol de direitos fundamentais, porém os direitos fundamentais não se restringem apenas a esse dispositivo, nem sequer à própria Constituição, pois existem muitos deles que estão positivados em tratados internacionais de que o Brasil faça parte, como, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica.

Os direitos fundamentais estão elencados na constituição federal prevista em seu texto nos artigos 1º ao 5º, os princípios e garantias e a base da norma e formação para o estado democrático de direito. Garantindo a inviolabilidade a intimidade, vida privada, hora e imagem das pessoas.

Sobre os princípios fundamentais:

Os fundamentos de um Estado devem ser compreendidos como os valores essenciais que compõem sua estrutura. A consagração expressa da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e do pluralismo político como fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1.º, I a V), sem dúvida, atribui a esses valores um significado especial dentro de nossa ordem constitucional. Os princípios nos quais esses fundamentos se materializam desempenham um importante papel, seja de forma indireta, atuando como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação de outras do ordenamento jurídico, seja de forma direta, quando utilizados como razões para a decisão de um caso concreto. (NOVELINO, 2013, p. 446)

Todos os tratados internacionais, que versam sobre direitos humanos, se aprovado pelo Congresso Nacional, tem força de norma Constitucional, e sua aplicação é imediata em nosso ordenamento jurídico, por força da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, previsto no Art. 5, § 1º da nossa lei maior, que cita, “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Neste mesmo assunto leciona:

Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata. (PIOVESAN, 2013, p. 139)

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, aduz que 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. Esse direito também é assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada pelo Brasil através do Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992, na qual se assegura, em seu art. 11, o respeito à honra e o reconhecimento da dignidade humana. De acordo com Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2011, p. 02)

Outro direito constitucional relacionado está previsto no art. 5º, inciso XII, que assevera ser 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.

Para Lenza (2015, p. 1186), essa garantia constitucional de inviolabilidade abrange, por óbvio, as comunicações em meios eletrônicos feitas de forma privada, realizadas por meio do WhatsApp, por exemplo. Isso porque, com a evolução social, as formas de comunicação se alteraram, mas o direito protegido pela norma permanece o mesmo, qual seja, o de não sofrer a devassa de dados das comunicações sem a devida autorização legal.

Destarte, é imperioso que, para a relativização de um direito ou garantia fundamental, é imprescindível a existência de um comando expressamente previsto na lei, ou autorização judicial devidamente fundamentada. Isso porque alguns desses direitos não podem sofrer relativização ou obstrução por nenhuma pessoa do poder público, em razão do princípio constitucional da reserva de jurisdição, a qual destina aos Magistrados competentes tais atribuições. Segundo o eminente ministro Celso de Mello, no julgamento do MS 23452/RJ:

[...] o postulado de reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. (STF, 1999, não paginado)

2.1 Princípio da inviolabilidade da intimidade e vida privada

O direito a intimidade e a vida privada, é princípio fundamental no nosso ordenamento jurídico, conforme expressa o artigo 5º, inciso x, da constituição federal. A leitura do dispositivo não deixa dúvida sobre a proteção específica da privacidade dos indivíduos.

Uma breve leitura sistemática da carta política é suficiente para perceber que não somente no dispositivo citada a cima a tutela do direito à privacidade, com efeito no inciso, XI, está prevista a inviolabilidade do domicílio, local onde se desenvolvem a maioria das condutas íntimas e privada, no inciso XII, a menção do sigilo e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, como visto, compõem o direito ao segredo decorrente do direito à vida privada.

Por intimidade entende-se a esfera mais secreta da vida do indivíduo, que pode ser excluída do conhecimento das demais pessoas se assim for a sua vontade. A vida privada se caracteriza como a garantia de que o indivíduo possa optar por seu modo de viver e ser sem embaraços ilícitos. A honra, por sua vez, pode ser conceituada como "o conjunto de qualidade que caracterizam a dignidade das pessoas, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação" de acordo com Silva, 2005, p. 209.

‘Anteriormente a promulgação da constituição 1988, não possuía o Brasil, em nível constitucional, dispositivo que amparasse de forma específica o direito a intimidade, e à vida privada. Embora da constituição do Imperio, de 1824, possa - se dizer que havia possibilidade de, mediante atividade interpretativa, extrair-se do dispositivo no artigo 179, da inviolabilidade dos direitos civis, a tutela da privacidade, foi somente com carta cidadã de 1988 seguindo tendência jurídica – evolutiva mundial, pois tal principio passou a constar expressamente como um direito fundamental no ordenamento nacional. (ALCEU. 2006, p. 09)

De acordo com assunto da vida privada:

Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição. (AFONSO DA SILVA, 2004, p. 207)

A constituição protege da violação ao segredo da vida íntima da pessoa, pois o segredo é particularidade moral, é íntima do indivíduo. Esse segredo está ligado a vida dos membros familiar quanto à sua divulgação indevida e investigação por meios ilícitos.

A Constituição Federal de 1988 que visa proteger a vida privada da sociedade como um todo descreve em seu artigo 5º, inciso X, o seguinte texto: “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”.

Mais à frente em seu inciso XII ela vem proteger, dentro da grande área abrangida pela vida privada, as comunicações telefônicas. Portanto, violando esse

sigilo viola diretamente direitos e garantias constitucionais do indivíduo. Essa proteção dada as comunicações deriva do seguinte texto legal:

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. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, não paginado)

2.2 Princípio de proteção da honra e imagem das pessoas

Existe dois aspectos da honra, objetiva e subjetiva: a honra objetiva, verifica-se que está estaria voltada para a sociedade, ou seja, a ideia que as pessoas fazem daquela pessoa; qual a opinião, a ideia, os padrões que são criados pela própria sociedade, ou seja, o bom nome, a fama, a estima que goza em sociedade. A honra subjetiva, está relacionado à questão do próprio “eu”, da autoestima, da consciência da própria dignidade, isto é, do que a pessoa pensa de si mesma, de acordo com Guerra em 2006, p. 8.

A esfera privada consiste nas relações do indivíduo com o meio social sem que haja o interesse público na divulgação e refere as informações fiscais ou bancárias, já a esfera íntima se relaciona ao modo de ser de cada pessoa, ao mundo psicológico aliado aos sentimentos que compõe a identidade de cada um, auto estima, autoconfiança e inclusive referente à sua sexualidade, ficando clara a existência de informações confidenciais e segredos pessoais'. (DE ABREU, 2016, p. 4)

De acordo com Domingos Franciulli Netto (2004. p. 32), com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à imagem foi erigido ao status de direito autônomo. Quer dizer, o legislador constituinte originário conscientizou-se da importância do direito à imagem e dotou-o de proteção legal, independentemente da ofensa ou não de outro direito da personalidade.

Conceitua o direito à imagem Luís Roberto Barroso que:

O direito à imagem protege a representação física do corpo humano ou de qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos da pessoa pelos quais ela possa ser reconhecida. A reprodução da imagem depende, em regra, de autorização do titular. Nesse sentido, a imagem é objeto de um direito autônomo, embora sua violação venha associada, com frequência, à de outros direitos da personalidade, sobretudo a honra. (BARROSO, 2004, p. 16)

O código civil em seu artigo 20, da proteção específica do direito em análise ao ressaltar que a divulgação da imagem só poderá ser feita com o consentimento de seu titular, prevendo, por outro lado, a possibilidade de indenização quando violado.

O direito a imagem é bem inviolável diretamente voltado à defesa da figura humana, protegido pela garantia de impedir que alguém a utilize indevidamente sem o seu prévio consentimento.

2.3 Princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações

O texto constitucional proíbe a violação do sigilo das comunicações, prevista no inciso XII, do artigo 5º da constituição, o qual menciona ser:

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. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, não paginado)

Cumprido salientar que cabe à lei a obrigação de proteger que os cidadãos não querem que se tornem públicas, portanto, deverá se resguardado o direito ao sigilo.

O princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações protege os indivíduos do direito de ser comunicado de forma natural, sem que fica exposta a terceiros, sendo asseguradas a privacidade das mensagens transmitidas, garantindo como disposto essencial a proteção da liberdade de expressão no estado democrático de direito.

Portanto Marcelo Novelino assegura como direito fundamental absoluto, considerando toda e qualquer prova obtida em virtude da violação do direito inadmissível no processo, podendo ocorrer restrições somente onde a constituição permitir, conforme a lei, através do órgão competente e em processo que respeite os limites formais.

Por outro lado, entende Alexandre De Moraes e Celso De Melo classifica como direito relativo, que nenhuma liberdade individual e absoluta.

A proteção a vida privada do indivíduo tem caráter subjetivo por esta relacionado ao resguardo aos dados pessoais, pois ninguém é obrigada a expor a terceiros informações que pertencem somente aquela pessoa e está ligada a intimidade, sendo possível a visualização de dados pelo possuidor ou por quem ele desejar.

O jurista e professor universitário italiano, Pietro Perlingieri (2002) ensina que a inviolabilidade não constitui um direito, e sim um valor, uma vez que está ligada intimamente a privacidade e as informações acerca do indivíduo diz respeito somente a ele.

A partir dos conceitos citados da constituição e doutrinas, poderemos analisar a necessidade de serem respeitado tudo aquilo que viola os direitos constitucionais, que se refere a vida íntima e privada nos acessos de dados em aplicativos celulares sem a devida ordem judicial.

De acordo a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, a três requisitos indispensáveis da constituição para sua interceptação: ordem judicial, para fins de interligação criminal ou instrução processual penal, e na forma estabelecida pela lei 9.296/1996.

Conforme descreve Eduardo Rodrigues (2016, pag. 04) a violação do direito acontece sem a devida autorização judicial, por tanto as provas obtidas em interceptação não fundada constitucionalmente deve ser considerada provas ilícitas. Dessa forma torna-se possível a construção doutrinária e jurisprudencial que envereda do caminho de proibir também, a prova ilícita por derivação. Trata-se da elaboração da Suprema Corte Americana, conhecida pela doutrina do Fruit of poisonous tree (fruto da árvore envenenada), pela qual o veneno da árvore contamina seus frutos, considerando essa teoria que a prova colhida deriva de uma prova obtida por meio ilícito. Por esse efeito de eventual repetição o resultado é a nulidade do processo.

A Constituição Federal nos a segura, em seu artigo 5º, LVI, "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. "

Dessa maneira, é ilícita as provas produzidas sem a devida autorização judicial sendo consideradas nulas, devendo ser desentranhada do processo conforme a legislação estabelece e seguindo a doutrina norte americana.

3 LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E TELEMÁTICAS

A lei a cima citada do inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal, garante a proteção das comunicações telefônicas e telegráficas de dados, evitando a divulgação de dados particulares, garantindo que a interceptação aconteça através de ordem judicial.

A lei que, regulamenta a interceptação telefônica é a Lei n.º 9.296 de 24 de julho de 1996. O artigo 1º da lei prevê que:

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. (LEI 9.296, 1996, não paginado)

Os artigos 2º estabelece alguns requisitos necessários para que a interceptação seja reconhecida: houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; não existir qualquer outro meio competente para que se possa produzir a mesma prova; e o fato ser uma infração que tenha como punição reclusão. É o que dispõe o artigo 2º da Lei n.º 9.296/96:

Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – Não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – A prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. (LEI 9.296, 1996, não paginado)

Sendo assim, a legislação deixa bem claro que a interceptação não envolve somente ligação, e sim a de comunicação de qualquer natureza, incluindo os sistemas de informática e aplicativos atuais de celulares devido à expansão da tecnologia. Ocorrendo então a interceptação telefônica sem a devida autorização judicial, constitui crime, com pena de reclusão, de dois a quatro anos.

4 O CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA E O DE ACESSO DO APLICATIVO DE CONVERSAS EM CELULAR APREENDIDO SEM AUTORIZAÇÃO

O poder de polícia consiste na prerrogativa da administração pública em condicionar ou restringir o uso e gozo de bens, direitos e atividades do particular em benefício da coletividade. O poder de polícia administrativa atinge bens, direitos e pessoas. Já o poder de polícia judiciária atinge a liberdade das pessoas.

O Poder de polícia é a faculdade discricionária de que dispõe a Administração Pública, para condicionar e restringir o uso e gozo de bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. É a faculdade de manter os interesses coletivos e de assegurar os direitos individuais feridos pelo exercício de direitos individuais de terceiros. Visa à proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar econômico. Constitui limitação à liberdade e os direitos essenciais do homem. (CAVALCANTI, 1956, p. 07 e APUD MEDAUAR, 2000, P.390).

Celso Antônio Bandeira de Mello define o poder de polícia da seguinte maneira:

A atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação, ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercivamente aos particulares um dever de abstenção (non facere) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo. (MELLO, 2006, p. 221).

Poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Este interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária etc. (DI PIETRO, 2005, pág. 111)

O conceito legal de poder de polícia encontra-se no artigo, 78 do Código Tributário Nacional:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de

concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1966, não paginado)

Podemos concluir que o poder de polícia é uma atividade administrativa, e está relacionada com o princípio da supremacia do interesse público, sendo assim o bem comum deve prevalecer sobre o interesse individual, dessa maneira o estado busca limitar o interesse individual em benefício da coletividade através de caráter preventivo da polícia administrativa ou pelo caráter repressivo da polícia judiciária.

O poder de polícia se configura no sentido estrito, pelo fato de sua efetivação estar diretamente nos direitos individuais, de medidas repressivas, que consistem nas atividades materiais exercidas pelos agentes voltadas para o interesse social.

Quando o policial desejando acessar informação através do aplicativo celular, para obter alguma informação, seja solicitando que este lhe permita o acesso, seja acessando sem a autorização judicial ou diante da ausência de manifestação do indivíduo para isso.

Até mesmo, porque a autoridade policial sabe que muitas das vezes os indivíduos planejam ações criminosas, e que essas informações estão nos aplicativos celulares, também em outros dados, como por exemplo fotos, vídeos.

Nessa esteira, quando da abordagem a indivíduo suspeito, ou mesmo quando da sua prisão, não cabe o acesso, a leitura, cópia ou qualquer destinação de mensagens contidas no WhatsApp ou outro aplicativo de trocas de mensagens, nem referente ao conteúdo do aparelho telefônico, sem autorização judicial, ressalvado o número de IMEI nas ocasiões necessárias para a comprovação de não se tratar de aparelho produto de crime. (DE PAULA, 2019, p. 83).

Nesta perspectiva, a violação do direito à intimidade possui como fato basilar a necessidade do Estado de tornar efetivo o direito à segurança pública, direito este que também foi construído à luz do direito constitucional como inviolável, conglomerando desígnios a serem obtidos por todo Estado democrático de direito, cujas premissas básicas são a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos fundamentais (Borgmann, 2006).

De acordo com CI/SESP/PC/SPTC/GAB. /Nº 01476/16 – Circular, Superintendente De Polícia Técnico científica Dr. Danilo Bahiense Moreira a Polícia

Civil recebe diariamente inúmeros celulares e computadores para serem periciados, sem que as autoridades façam qualquer menção à autorização para quebra do sigilo.

No HC 51531- RO (2014/ 023237-7) a sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu em 19.04.2016 por dar provimento ao recurso Ordinário, conforme a Ementa: Penal Processual Penal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Nulidade da prova. Ausência de autorização judicial para a perícia no celular Constrangimento Ilegal Evidenciado.

Pelo exposto, solicitamos a Vossa Excelência que oriente aos delegados das unidades afetas que as solicitações de perícia deverão vir acompanhadas de autorização, para que evitemos problemas futuros, quer seja por exclusão da prova, quer seja por responsabilização de servidores.

Desta forma, as solicitações de perícia deverão vir acompanhadas de autorização.

5 JURIPRUDÊNCIA

Expressa o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, firmado no RHC 67.379-RN, pelo ministro Ribeiro Dantas, declarou que a busca de informações privadas no celular, é ilícito por não estar amparado por necessária ordem judicial:

Na ocorrência de autuação de crime em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, por meio de sistemas de informática e telemática. Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no whatsapp presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. (STJ, 2016, não paginado).

De acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, firmado no RHC 51.531-RO, pelo ministro Nefi Cordeiro, declarou ilícita a prova produzida em decorrência do acesso a dados no celular sem prévia ordem judicial:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Ilícita é a

devassa de dados, bem como das conversas de WhatsApp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS". (STJ, 2016, não paginado)

Recentemente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais acompanhou o entendimento do STJ, ao julgar um caso em que houve acesso das mensagens do WhatsApp sem consentimento do indivíduo preso em flagrante e sem autorização judicial:

“Ementa: Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Apreensão do aparelho de telefone celular de propriedade do agente. Acesso aos dados. Não autorização pelo agente. Ilegalidade. Desclassificação para delito previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos. Possibilidade. Dúvida fundada a respeito do destino da droga apreendida. - Ilícita é a leitura das mensagens trocadas por meio do aplicativo denominado WhatsApp acessadas em aparelho de telefone celular apreendido, se realizada sem ordem judicial ou sem que haja situação excepcional que a justifique. - Existindo sérias dúvidas acerca da destinação mercantil da substância entorpecente apreendida, sendo forte a possibilidade de porte para uso próprio do autor, deve-se proceder à desclassificação do crime de tráfico para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006”. (TJMG, 2018)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente artigo foi possível chegar à conclusão de que os princípios e garantias e a base da norma e formação para o estado democrático de direito, garantindo a inviolabilidade da intimidade e vida privada, a proteção da honra, e imagem das pessoas. Violando esses princípios é assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Artigo 5º, X. CF.

A inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas é indispensável da constituição para sua interceptação: a ordem judicial, para fins de interligação criminal ou instrução processual penal, e na forma estabelecida pela lei 9.926/1996 (Lei da Interceptação Telefônica).

Dessa forma com o grande avanço tecnológico deve ser assegurada a proteção da inviolabilidade dos sigilos das comunicações, que através de aplicativos celulares

os policias como forma de buscar por provas, indícios, acessam os aplicativos, como meio de se buscar por informação.

Portanto, como forma de impor limites para o exercício de poder de polícia, é necessário respeitar os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal para que os atos do poder sejam considerados legítimos. E devendo a inviolabilidade do sigilo ser acompanhada de autorização judicial, pois ao acessar os dados de celulares apreendidos sem a devida autorização se tornam ilícitas todas as provas obtidas.

THE VIEW OF POLICE TALKING APPLICATIONS ON SEIZED MOBILE PHONES

Jenifer Gomes Rodrigues Viana
M. Fábio de Almeida Pedroto

ABSTRACT

We live in a growing technological advance in which information about privacy and intimacy is exposed in mobile applications. And in the data such as photos, videos. The relevance must therefore be taken into consideration that the application of the law must always be in accordance with the present society. Since a few years ago the phone contained no communication applications but the mere call option. The Federal Constitution, in its article 5, item XII, assures the inviolability of this confidentiality of communications, guaranteeing protection, and is only authorized by means of a court decision, and in the form established by law for the purposes of criminal investigation. This principle ensures the privacy of the messages transmitted, guaranteeing as essential provision the protection of freedom of expression in the democratic rule of law. Also the Law, which regulates telephone and telematic interceptions, 9,296 of July 24, 1996. In this sense this article exposes the need for judicial authorization for the access of police in data contained in mobile devices, to obtain some information from the cellular application of the individual without judicial authorization. Making all evidence produced illicit, it violates the basic premises of the dignity of the human person and the protection of fundamental rights. Because it has personal data that can generate a violation of constitutional rights, such as: the dignity of the human person, honor, image, and intimacy. Assuring the right to compensation for material or moral damages arising from its violation, article 5, item X of the Federal Constitution.

Keywords: Fundamental Rights. Inviolability of communications confidentiality. Court authorization. Data access on mobile devices.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Agueda Cristina Galvão Paes de. **Apontamentos sobre a proteção dos direitos de intimidade, honra e imagem na Constituição Federal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2014. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41682/apontamentos-sobre-a-protecao-dos-direitos-de-intimidade-honra-e-imagem-na-constituicao-federal>. Acesso em 08 de out. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Revista de direito administrativo, versão 235, p. 1-36, 2004.
- BACIENSE MOREIRA, Danilo. **Polícia Civil Superintendência De Polícia Técnico Científica**. Vitória, 2016. Disponível: CI/SESP/PC/SPTC/GAB. /N° 01476/16 – CIRCULAR. PDF.

Acesso em: 21 de out. 2019.

BÍBLIA. O Evangelho de Salmos. Português. **A Bíblia sagrada**. Antigo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. E atualizada no Brasil. Brasília: sociedade Bíblica do Brasil, 2009, p. 580.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas**. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. RT vol. 970 p. 461. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-51531-ro-2014-0232367-7/inteiro-teor-340165652>. Acesso em: 29 de out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas. 5ª Turma, **RHC 67.379-RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2016**. Disponível em: <https://evinistalon.com/informativo-593-do-stj-apreensao-de-celular-durante-situacao-de-flagrancia-e-sigilo-telefonico/>. Acesso em: 24 de nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal**. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8996/1/BJE%20181.2018.pdf>. Acesso em: 25 de out. 2019.

BRASIL, Lei 9.296 de 1996. **Lei da Interceptação Telefônica**. Presidência Da Republica Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 10 de out. 2019.

BRANDÃO, Poliana Monteiro. **A legalidade da extração de dados em celulares apreendido na investigação criminal e seu uso como meio de prova no processo frente aos direitos fundamentais**. Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Presidente Prudente/SP, 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/6953/67646911>. Acesso em: 16 set. 2019.

BENEVIDES DOS SANTOS, Elvis Ozias. **Princípios Fundamentais e Garantias no Estado Democrático de Direito**. Faculdade Barretos – SP. 2016. Disponível em: <https://elvisbenevides.jusbrasil.com.br/artigos/395209474/principios-fundamentais-e-garantias-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 04 de out. 2019.

BORGMANN, Bruna. **A proteção do direito à intimidade no contexto jurídico nacional. 2006**. São Paulo. Disponível em: [file:///C:/Users/Pc/Downloads/679-Texto%20do%20artigo-2689-1-10-20130325%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Pc/Downloads/679-Texto%20do%20artigo-2689-1-10-20130325%20(1).pdf). Acesso em: 24 de nov. 2019.

DE PAULA COSTA, Leandro. O acesso ao WhatsApp do cidadão pela polícia. **Revista online polícia militar**: 76 O Alferes, Belo Horizonte - MG, pag. 74-88. Disponível em:
file:///C:/Users/Pc/Desktop/PESQUISA%20TCC%201.pdf.
Acesso em: 03 de out. 2019.

DE ABREL, Eduardo Rodrigues. **Necessidade de ordem judicial para acessar dados do celular**. Artigo científico do Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro Oeste p. 02 – 8. Disponível em:
http://unidesc.web2445.uni5.net/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/991cd6558d230c58c1a1ee23485c68ca.pdf. Acesso em: 03 de out. 2019.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. São Paulo. 2005. ed. Atlas jurídico, p. 111.

FERNANDES DE ALMEIDA CUNHA, Anne Clarissa. **Poder de Polícia: Discricionariedade e Limites**. Acadêmica de Direito na Universidade Estadual de Feira Santana. Bahia, 2011. Disponível em:
https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/poder-de-policia-discricionariedade-e-limites/#_ftn3. Acesso em: 10 de out. 2019.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. Ministro do Superior Tribunal De Justiça. Artigo científico. **A Proteção do Direito à Imagem e a Constituição Federal**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, versão 16, nº. 1, pag. 1-74, 2004. Disponível em:
file:///C:/Users/Pc/Downloads/442-1637-1-PB.pdf.
Acesso em 08 de out. 2019.

GUERRA, Sidney. Direito Fundamental à Intimidade, Vida Privada, Honra e Imagem. **Direitos Humanos: uma abordagem interdisciplinar, 2006**. Disponível em:
http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_sidney_guerra.pdf.
Acesso em 08 de out. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **O Que se Entende Por Poder de Polícia**. LFG, Rede Ensino, 2009. Disponível em:
<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1422886/o-que-se-entende-por-poder-de-policia>
Acesso em 10 de out. 2019.

HAMILTON, Sergio Demoro. **As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito**. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal. n. 6. Fev./mar. 2001. Porto Alegre. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_06_53.pdf. Acesso em 16 set. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo. Saraiva, 2015, p.1.186.

MERTENS, Fábio Alceu. **Análise histórica e legislativa do princípio constitucional da inviolabilidade à vida privada e à intimidade**. Revista eletrônica direito e política, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006, p. 9. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Fabio%20Alceu%20Revista%20de%20Direito.pdf>. Acesso em: 01 de out. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 221.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. Ed. Rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p.446.

POLIDO URBANO, Felipe. **Inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas**. Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Toledo Araçatuba. Araçatuba/SP, 2014, p. 12. Disponível em: <file:///C:/Users/Pc/Desktop/Felipe%20Polido%20Urbano%20-%20INVIOABILIDADE%20DO%20SIGILO%20DE%20CORRESPONDÊNCIA,%20COMUNICAÇÕES%20TELEGRÁFICAS,%20DE%20DADOS%20E%20COMUNICAÇÕES%20TELEFÔNICAS.pdf>. Acesso em 03 set. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Regime jurídico dos direitos fundamentais sociais na Constituição**. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-19/direitos-fundamentais-regime-direitos-fundamentais-sociais-constituicao-parte#_ftn5. Acesso em: 29 de out. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 207.