

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE SERRA**

**ALAÉCIO PELISSARI
GABRIEL ZIVIANI NOVELLI**

**A VIOLABILIDADE DOS APARELHOS TELEFÔNICOS ENCONTRADOS NO
LOCAL DO CRIME PELA AUTORIDADE POLICIAL AUSENTE DE PRÉVIA
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL À LUZ DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS
SUPERIORES**

**SERRA-ES
2021**

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE SERRA**

**ALAÉCIO PELISSARI
GABRIEL ZIVIANI NOVELLI**

**A VIOLABILIDADE DOS APARELHOS TELEFÔNICOS ENCONTRADOS NO
LOCAL DO CRIME PELA AUTORIDADE POLICIAL AUSENTE DE PRÉVIA
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL À LUZ DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS
SUPERIORES**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Serra, como
requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito
Processual Penal, Direito
Constitucional e Direito Administrativo.**

**Professora Orientadora: Fabiane Aride
Cunha**

SERRA-ES

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **A VIOLABILIDADE DOS APARELHOS TELEFÔNICOS ENCONTRADOS NO LOCAL DO CRIME PELA AUTORIDADE POLICIAL AUSENTE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL À LUZ DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**, elaborado pelos alunos **ALAÉCIO PELISSARI** e **GABRIEL ZIVIANI NOVELLI** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das faculdades **FACULDADE DOCTUM DE SERRA**, como requisito parcial da obtenção do título de **BACHAREL EM DIREITO**.

Serra/ES, ____ de _____ 2021

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar acerca da violabilidade dos aparelhos telefônicos encontrados no local do crime pela autoridade policial, especificadamente quanto aos dados e às informações contidas nestes, independentemente de autorização judicial, sob a ótica dos precedentes e entendimentos dos Tribunais Superiores. Inicialmente, serão apresentados os direitos da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e das comunicações, bem como do direito fundamental a segurança pública. Em seguida, serão analisados os fundamentos teóricos que viabilizam a violação pela autoridade policial, partindo desde as premissas mais básicas como o conceito de poder de polícia e uma inspeção acerca da polícia judiciária até as atribuições da autoridade policial que possibilitam a apreensão e o recolhimentos de todas as provas no aparelho telefônico. Partindo de tais bases, serão analisados os fundamentos que possibilitam a violação do aparelho telefônico, como na hipótese da submissão do mesmo pela autoridade policial para a perícia, através do procedimento de busca e apreensão pessoal que traz a legitimidade para o ato prescindindo-se de prévia decisão judicial, na analogia acerca da excepcionalidade da restrição de direito fundamental na hipótese de prisão em flagrante no que tange a inviolabilidade domiciliar e ainda, a luz da doutrina minoritária, será realizado um estudo acerca da possibilidade de admissão das provas ilícitas em favor da sociedade sobre o prisma do postulado da proporcionalidade. Em última disposição, serão observados os precedentes dos tribunais superiores (STJ e STF), que possuem entendimentos divergentes internamente. Por fim, a pesquisa concluiu ser possível o acesso as informações e aos registros de dados armazenados nos celulares, sem prévia autorização do juiz; no entanto, deve-se preservar a inviolabilidade das comunicações, da intimidade e da vida privada. Entretanto, não se descarta a hipótese de violação integral do celular quando tratar-se de situações excepcionais e urgentes cuja demora na obtenção de mandado judicial ocasionasse violação a direitos mais significativos no caso concreto.

Palavras-chave: Violabilidade dos Aparelhos Telefônicos. Inviolabilidade da intimidade, da Vida Privada e das Comunicações. STF e STJ. Autoridade Policial. Segurança Pública.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the violation of telephone devices found at the crime scene by the police authority, specifically regarding the data and information contained therein, regardless of judicial authorization, from the perspective of precedents and understandings of the Superior Courts. Initially, the rights to the inviolability of intimacy, private life and communications, as well as the fundamental right to public security, will be presented. Then, the theoretical foundations that make the violation by the police authority viable will be analyzed, starting from the most basic premises such as the concept of police power and an inspection of the judicial police to the attributions of the police authority that enable the apprehension and collection of all evidence on the phone. Based on these bases, the foundations that enable the violation of the telephone will be analyzed, as in the hypothesis of its submission by the police authority to the expertise, through the procedure of personal search and seizure that brings legitimacy to the act, dispensing with previous court decision, in the analogy about the exceptionality of the restriction of fundamental right in the event of arrest in flagrante with regard to home inviolability and also, in light of the minority doctrine, a study will be carried out on the possibility of admitting illegal evidence in favor of society on the prism of the postulate of proportionality. Ultimately, the precedents of the higher courts (STJ and STF), which have internally divergent understandings, will be observed. Finally, the research concluded that it is possible to access information and data records stored on cell phones, without prior authorization from the judge; however, the inviolability of communications, intimacy and private life must be preserved. However, the hypothesis of complete violation of the cell phone is not ruled out when dealing with exceptional and urgent situations whose delay in obtaining a court order would cause violation of the most significant rights in the specific case.

Keywords: Viability of Telephone Devices. Inviolability of Intimacy, Private Life and Communications. STF and STJ. Police authority. Public security.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	7
2. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	10
2.1 Da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e das comunicações	10
2.2 Do direito fundamental à segurança pública como garantia da ordem social	
13	
3. DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS QUE INDICAM A POSSIBILIDADE, SEM	
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, DE ACESSO AO APARELHO TELEFÔNICO PELA	
AUTORIDADE POLICIAL.....	16
3.1 Do conceito do poder de polícia	17
3.2 A polícia judiciária e as atribuições da autoridade policial que viabilizam o	
procedimento de apreensão do aparelho telefônico.....	19
3.3 O exame de corpo de delito e a prescindibilidade de decisão judicial para	
análise do aparelho telefônico mediante procedimento de busca e apreensão	22
3.4 O postulado da proporcionalidade e a admissibilidade de provas ilícitas em	
favor da sociedade	26
3.5 Da possibilidade de acesso ao celular pela analogia da inviolabilidade	
domiciliar e sua respectiva excepcionalidade na hipótese de prisão em	
flagrante	30
4. DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA	
VIOLABILIDADE DOS DADOS TELEFÔNICOS	32
4.1 Dos precedentes do STJ – Superior Tribunal de Justiça	33
4.2 Dos precedentes do STF – Supremo Tribunal Federal	37
5. CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	46

1. INTRODUÇÃO

Diante do crescente aumento na tecnologia presente no cotidiano, a sociedade compreende-se atrelada a objetos que facilitam suas vidas, onde o aparelho telefônico consta no ápice dessa cadeia, fazendo com que o mesmo seja utilizado de várias formas e não apenas para conversas, abrindo-se um grande leque de funções e integrando-o como um objeto capaz de armazenar dados, registros e/ou informações referentes a pessoa ou de terceiros, seja através da internet, mensagens de texto, aplicativos, entre outros, possibilitando o uso deste para fins ilícitos e conseqüentemente deixando-o como um objeto com enorme potencial de descobertas de rastros, provas e atividades de cunho criminoso.

Contudo, tal avanço tecnológico trouxe mudanças na sociedade, tornando-se necessária a adaptação e o ajuste de determinados princípios e garantias que já existiam na época em que nunca se imaginaria tal avanço na tecnologia bem como a criação de novos dispositivos tecnológicos.

Portanto, com tal avanço tecnológico e com a necessidade de adaptação normativa e principiológica por meio de interpretação, surgiram-se conflitos normativos bem como o surgimento de entendimentos diferentes acerca de uma mesma norma jurídica, objetivando-se na adequação de tais meios tecnológicos com as normas já postas no ordenamento jurídico.

Desse modo, o aparelho telefônico pode ser visto de determinadas formas, até mesmo para a tutela do direito constitucional, penal e processo penal, o qual ocasiona inúmeras discussões recentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência no que concerne aos mais variados casos concretos distintos existentes que inserem-se tal dispositivo, como também no âmbito da proteção normativa que o abrange.

Nesse contexto o aparelho telefônico vem sendo bastante importante na elucidação de crimes e concomitante a isso, mais abarcado pela proteção da inviolabilidade da privacidade e da intimidade, onde tal proteção deve ser analisada e ponderada quando o uso desses possuir a finalidade ilícita ou criminal.

Visto isso, necessária torna-se uma análise das teses e dos entendimentos dos tribunais superiores pertinentes que viabilizam e demonstram a possibilidade de violação dos aparelhos telefônicos encontrados no local do crime pela autoridade

policial ausente de prévia autorização judicial, ressaltando-se que tais aparelhos, atualmente, possuem diversas comunicações de dados inerentes à pessoa e/ou terceiros.

O presente trabalho encontra-se dividido em 4 (quatro) capítulos. O primeiro capítulo trata-se da presente introdução, cujo a qual aborda um pequeno contexto acerca do aparelho telefônico no cenário de evolução da tecnologia que abarca e exige-se novas adaptações na vida em sociedade como também para o direito e suas respectivas tutelas.

O segundo capítulo trata-se de uma análise acerca dos direitos e garantias fundamentais da intimidade, da vida privada, da inviolabilidade das comunicações pessoais e da segurança pública, ressaltando-se seus respectivos conceitos, suas tutelas e abrangências, bem como a limitação dos mesmos quando em conflito com outros mais relevantes ao caso.

O terceiro capítulo traz os possíveis fundamentos teóricos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência que viabilizam o acesso do aparelho telefônico encontrado no local do crime pela autoridade policial, sem necessidade de prévia autorização do juiz para obter-se tal acesso, o qual ressalta-se os poderes conferidos pela própria administração pública como também aqueles conferidos como atribuição para a autoridade policial presentes no Código de Processo Penal. Ressalta-se ainda uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de submissão do aparelho telefônico apreendido para seu respectivo acesso no exame de corpo de delito lastreado no fundamento da busca e apreensão pessoal, o entendimento minoritário da doutrina quanto à possibilidade, a depender do caso, da utilização da prova ilícita no intuito de salvaguardar interesse de valor mais relevante e por último, uma análise acerca da excepcionalidade conferida à invasão de domicílio no que tange a prisão em flagrante, que utilizando-se de interpretação extensiva ao aparelho telefônico, depreende-se hipótese de limitação da intimidade da pessoa e a conseqüente possibilidade de acesso.

O quarto capítulo exalta um estudo pelos mais diversos precedentes e entendimentos firmados pelo STJ e pelo STF acerca do tema o qual levaram a matéria para o respectivo julgamento atual consignado no tema 977 do Supremo Tribunal Federal, portanto, será observado acerca da licitude ou ilicitude de determinadas provas produzidas, da abrangência das tutelas dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade de mitigação dos direitos fundamentais

quando em conflito ou quando utilizados para proteção ou escudo para práticas ilícitas.

2. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos X e XII, ressalta os direitos e garantias fundamentais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, bem como da inviolabilidade das comunicações. Depreende-se que tais garantias também são reguladas por legislações infraconstitucionais, como a Lei 12.965/2014 e a Lei 9.296/1996. Em outra vertente, a própria CF expõe o direito fundamental à segurança pública, a qual abarca-se pelo *caput* do art. 6º, bem como é especificado no art. 144 da própria Carta Magna. Portanto, diante do cenário de crescente evolução tecnológica, nos tópicos seguintes, necessário torna-se trazer à baila uma análise sobre cada um destes dispositivos legais, bem como suas respectivas conceituações com a finalidade de elucidar o grau de abrangência dos mencionados dispositivos e suas amplitudes na sociedade, bem como ainda as possibilidades de delimitação de cada um destes quando estiverem em conflito perante determinado caso concreto.

2.1 Da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e das comunicações

Observa-se no art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), no art. 7º, incisos I, II e III da Lei 12.965/2014 (BRASIL, 2014) e no art. 1º Lei 9.296/1996 (BRASIL, 1996), as seguintes disposições em âmbito constitucional e infraconstitucional que dizem respeito a inviolabilidade da vida privada, da intimidade e das comunicações:

Constituição Federal

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; (grifo nosso)

Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)

Art. 7º (...)

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 suas comunicações privadas

armazenadas, salvo por ordem judicial; (grifo nosso)

Lei 9.296/1996

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 sigredo de justiça. (grifo nosso)

Acerca da intimidade e da vida privada da pessoa, com previsão legal no art. 5º, inciso X, ressalta Vasconcelos (2020, p. 251):

A intimidade abrange o âmago da pessoa; traduz o modo de ser do indivíduo, ocupando sua esfera sigilosa. Assim, é reconhecido o poder de evitar que outrem tome conhecimento de suas particularidades. A vida privada, por sua vez, abarca as relações entre o indivíduo e sua família, amigos, companheiros, cônjuge, entre outros. Compreende as relações sociais do indivíduo que devam permanecer ocultas aos saberes do público, por exemplo a relação afetiva, de amizade, a relação de trabalho. É sem dúvida o oposto da vida pública.

Entende-se de acordo com o previamente exposto, que a intimidade e a vida privada são direitos distintos, mas de certa forma interligados, na qual a intimidade engloba o âmbito particular do indivíduo ao ponto que a privacidade abarca as relações do indivíduo com terceiros, e haja vista o caráter pessoal e não público destas informações sigilosas e particulares de cada indivíduo.

No entanto, tal inviolabilidade da intimidade e da vida privada, compreendidas de forma geral pela privacidade, não pode ser tida como absoluta. As intervenções nesse âmbito podem se justificar quando forem adequadas na promoção de outros princípios constitucionais, quando forem necessárias por não haver outros mecanismos eficientes de igual modo, quando forem proporcionais em sentido estrito e quando o interesse, as razões e o princípio tutelado, conforme o caso concreto, possuírem mais força do que a própria privacidade da pessoa. Sendo assim, pode-se ter diversas circunstâncias ou cenários em que o direito a segurança ou o próprio interesse público poderão fazer intervenção ao direito à privacidade (NOVELINO, 2021, p. 386).

No que tange a norma constitucional do art. 5º, inciso XII, da CF/88, bem como as que constam no art. 7º da Lei 12.965/2014 e no art. 1º da Lei 9.296/96, depreende-se que as mesmas abrangem o aspecto das comunicações e do sigilo. De forma conceitual, compreende-se por comunicação o ato de transmissão e de recebimento de mensagens por meio de métodos ou mecanismos convencionados,

visto isso, tal comunicação deve ser assegurada independente de seu conteúdo estar abarcado pelo sigilo. O sigilo abarcado por tal dispositivo legal protege a inviolabilidade de tais conteúdos privados das comunicações contra qualquer intervenção de um terceiro que se intromete indevidamente, seja no instante que ocorre a comunicação, seja em período posterior. O termo inviolável garante proteção *prima facie* de tal direito tutelado, no entanto, pode sofrer restrições quando a diligência de intervenção estiver fundamentada constitucionalmente em princípios que possuem um peso maior (NOVELINO, 2021, p. 413).

No que concerne ao termo “interceptação das comunicações”, tal expressão pode ser interpretada como a intervenção de uma comunicação ou de uma mensagem, através de sujeito estranho, ou seja, de um terceiro, sem a consciência dos interlocutores (NOVELINO, 2021, p. 414).

Já o termo “comunicação telefônica”, conforme Boulos apud Novelino (2021, p. 414) consiste na “transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais linguísticos, caracteres, escritos, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza veiculados pelo telefone estático ou móvel (celular)”.

Compreende-se de um raciocínio lógico que os dados a qual não foram objeto das comunicações, ainda assim, serão protegidos constitucionalmente se abrangidos pela privacidade compreendida no art. 5º, inciso X, da CF, que assegura a salvaguarda das informações que abrangem à intimidade e a vida privada do indivíduo (NOVELINO, 2021, p. 413).

Através do princípio da máxima efetividade, princípio este invocado nos direitos fundamentais no sentido de lhes conferir mais efetividade possível através de amplas interpretações visando atingir e cumprir com sua efetiva função social (NOVELINO, 2021, p. 168 e 169) que tende-se uma interpretação mais extensiva e ampla da norma, no sentido de que tal proteção constitucional abarca não somente o conteúdo da violação ou da interceptação, mas também os dados que foram instrumentos de tal comunicação (NOVELINO, 2021, p. 413).

Por conseguinte, por meio da amplitude conferida pelo princípio da máxima efetividade, constata-se que além de haver expressa inviolabilidade no que diz respeito as correspondências e as comunicações, de forma implícita, também se proíbem a ciência destas informações e de seus respectivos conteúdos para terceiros estranhos a tal comunicação (MORAES, 2020, p. 64).

O Supremo Tribunal Federal, em seu pleno, firmou entendimento no que

tange a amplitude da proteção normativa prevista no art. 5º, XII, da Carta Magna, no Recurso Extraordinário de nº 418.416-8-SC, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, de que a proteção conferida por tal dispositivo legal e constitucional é da comunicação de dados, e não dos dados propriamente ditos (BRASIL. STF, 2006, p. 2).

Vislumbra-se diante de tal cenário que o dispositivo celular deixou de ser apenas um objeto utilizado para conversa, e que diante do avanço tecnológico, permitiu-se a abrangência de acesso a várias outras funções, como verificação da correspondência eletrônica, de aplicativos, bem como de mensagens e comunicações que possibilitam a troca de dados similarmente ao que é utilizado nos aparelhos telefônicos (BRASIL. STJ, 2016, p. 8).

Isto posto, Moraes (2020, p. 64) evidencia que:

O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia, necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma que se impeçam interceptações ou divulgações por meios ilícitos.

Compreende-se através do que fora supramencionado que diante do cenário em que os recursos tecnológicos vêm evoluindo e nele criando-se novas formas de armazenar e transmitir informações, o sigilo dos dados abarca-se de forma conjunta ao uso de tais informações derivadas da utilização da informática, ou seja, tornou-se necessário que o sigilo dos dados buscasse sua adaptação de forma a abranger também o cenário virtual (informática) diante de tal crescente evolução tecnológica. Dessa forma, tal proteção do sigilo conferida as novas formas de armazenamento de dados e informações deve agrupar-se aos direitos constitucionais como a intimidade e a dignidade da pessoa humana, para impedir que estes sejam divulgados de maneira ilícita através de interceptação ou divulgação.

2.2 Do direito fundamental à segurança pública como garantia da ordem social

O direito social à segurança pública é garantido como direito individual no artigo 5º, *caput*, e como direito social no artigo 6º, *caput*, ambos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) onde transparecem que:

Art. 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: (grifo nosso)

Art. 6º **São direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

A segurança pública conceitua-se e abarca-se de forma específica como um dever do Estado, prevista no art. 144, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) onde constata-se que:

Art. 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: (grifo nosso)
(...)

A segurança pública conceitua-se como um dever do Estado, garantido por meio dos seus agentes, sejam de polícia administrativa ou polícia judiciária, que preconiza determinada proteção à ordem pública e aos patrimônios, bem como garante o bem-estar das pessoas na sociedade. Nesse sentido, tal garantia estatal deve ser prestada com eficiência, de modo que garanta bons resultados com qualidade e segurança dos seus agentes e que produza os efeitos desejados (MORAES, 2020, p. 880).

Depreende-se que o legislador ao se tratar do referido conceito de segurança pública, buscou-se ater em seus fundamentos os aspectos relacionados a ordem social a fim de elucidar a necessidade de atuação positiva do Estado em prol do bem-estar de cada indivíduo presente na sociedade (SOUSA, 2020, p. 13 e 14).

Portanto, Nader (2015, p. 120) *apud* Sousa (2020, p. 14) ressalta que:

No plano jurídico a segurança corresponde a uma primeira necessidade, a mais urgente, porque diz respeito à ordem. Como se poderá chegar à justiça, se não houver, primeiramente, um Estado organizado, uma ordem jurídica definida? É famoso o dito de Goethe: “prefiro a injustiça à desordem”. “O ideal para o homem é desfrutar de segurança e justiça”.

Nesse sentido, ressalta-se que a segurança pública possui um status de valor supremo pois possui extrema relevância na sociedade no que condiz a estruturação

e busca da concretização dos direitos fundamentais (SOUSA, 2020, p. 14).

Equiparando-se segurança pública e os direitos e garantias fundamentais e sociais positivados na Constituição Federal de 1988, buscando-se maior equidade sem chacinar os que a violam, Foureaux (2019, p. 18) *apud* Sousa (2020, p. 17) afirma que:

Em vista do rol de direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos sociais, é possível afirmar que a Constituição traz um plexo de direitos voltados para a segurança pública e individual, de forma que seja possível ao estado preservar a ordem pública, sem, no entanto, massacrar aqueles que a violam quando praticam crimes. Busca-se um ponto de equilíbrio entre o direito e à segurança pública e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos de bem e daqueles que praticam crimes e venham a responder criminalmente e serem presos, em vista da dignidade da pessoa humana.

Acerca da segurança pública, há necessidade de o Estado agir positivamente assegurando-se o desempenho dos direitos sociais, destacando-os e pondo-os em ação, não bastando-se que esses direitos sejam apenas leis inseridas na Constituição Federal e sobretudo, que não venham a violar os direitos fundamentais do indivíduo (SOUSA, 2020, p. 16).

Por tratar-se de um dever e garantia do Estado bem como de garantia constitucional de caráter social e individual, o qual abarca a responsabilidade de todos, Glina (2020, p. 60) expõe que:

É um direito destinado a assegurar a pessoa humana, para que ela possa viver com segurança quanto aos seus demais direitos humanos, permitindo-lhe se sentir segura, estar segura, existir, expressar-se e se desenvolver em segurança, exercendo seus direitos. Daí se infere o caráter garantidor de outros direitos da segurança pública, que envolve a responsabilidade de todos e um dever estatal expresso. O fim da segurança pública é garantir direitos de todos, não privilégios de alguns ou o massacre de muitos, daí a sua legitimidade ao restringir liberdades.

Portanto, depreende-se que tal direito deve ser interpretado sob a ótica ampla e extensiva, ou seja, a segurança pública deve estar agregada e incorporada junto com os demais direitos humanos bem como dos direitos fundamentais, devendo ser tratada como uma responsabilidade de todos, que de um lado não sirva como justificativa para a permissão de abusos, excessos ou arbitrariedades, mas que seja tratada de uma forma efetiva para a correta destinação do serviço público de segurança (GLINA, 2020, p. 60).

Nesse contexto amplo, repele-se que a segurança pública se relaciona também como uma garantia de outros direitos, portanto, jamais poderá ser interpretada como contrária a outros direitos fundamentais. Visto isso, quando ocorre a atuação do Estado em determinado caso concreto em que torna-se necessário a restrição proporcional de algum direito do indivíduo quando em conflito com direitos de outrem, a segurança pública é apresentada como um instrumento que possui a finalidade de repelir abusos e desvios no uso de determinado direito em desfavor de outros, objetivando-se na garantia dos direitos fundamentais para todos de forma igualitária e justa (GLINA, 2020, p. 301).

3. DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS QUE INDICAM A POSSIBILIDADE, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, DE ACESSO AO APARELHO TELEFÔNICO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Conforme observou-se anteriormente, a Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º, incisos X e XII, a previsão expressa do direito e da garantia fundamental de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, bem como da inviolabilidade do sigilo que abarcam as comunicações pessoais. No entanto, surgem os seguintes questionamentos: Se a própria Constituição Federal aduz em seu texto tais garantias citadas e não menciona qualquer proteção ao aparelho telefônico em si e nem aos dados contidos nestes aparelhos, poderia a autoridade policial adentrar ao aparelho telefônico e sem autorização judicial, respeitando-se os limites constitucionais e no exercício da sua função investigatória, para colher os elementos necessários à elucidação do crime? Quais seriam os fundamentos teóricos que viabilizariam tal procedimento e tal ação policial? Poderia a autoridade policial submeter o aparelho telefônico para seu respectivo acesso por meio de exame pericial por tratar-se de corpo de delito, prescindindo de autorização judicial para a confecção de laudo pericial? Havendo extrema e necessária urgência para acesso ao aparelho telefônico em determinado caso, poderia ocorrer a violação integral do aparelho para salvaguardar interesse de maior peso à luz da proporcionalidade?

Visto isso, na finalidade dos seguintes tópicos serão abarcadas as possibilidades de acesso ao aparelho telefônico pela autoridade policial, prescindível de prévia autorização judicial, sob a ótica da doutrina e da jurisprudência, seja

através do próprio poder e atribuição conferido pela administração pública e pela Constituição Federal e Código de Processo Penal, seja através da doutrina minoritária acerca da proporcionalidade e possibilidade de utilização de provas ilícitas visando a proteção do interesse coletivo, ou seja, através da diferenciação entre os dados propriamente ditos para os dados decorrentes de comunicação telefônica.

3.1 Do conceito do poder de polícia

Inicialmente, destaca-se o art. 78, *caput* e seu parágrafo único do CTN (BRASIL, 1966), cujo *caput* do ponto de vista legal e de forma expressa, conceitua o poder de polícia e o seu parágrafo único define o que vem a ser exercício regular do poder de polícia:

Art. 78. 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 tranqüilidade 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.

Já, em uma visão mais singela e doutrinária, DI PIETRO (2020, p. 150) aduz que o conceito de poder de polícia é a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

No mesmo sentido, CARVALHO FILHO (2020, p. 80) ressalta que o poder de polícia se trata de “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”.

Observa-se conforme supracitado que é através de tal poder que o Estado, consubstanciado no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que consiste na sobreposição dos interesses sociais sobre os interesses privados de determinados indivíduos quando estes estiverem em conflito, deverá sempre atuar em prol do interesse da coletividade e buscando sempre a sua efetiva satisfação. Através disso, o Estado tem o poder de restringir, limitar ou adequar determinados

direitos e liberdades individuais do particular, até mesmo direitos fundamentais, para que haja consonância e equidade com o interesse público, buscando sempre atender o bem-estar social da coletividade (CARVALHO, 2021, p. 135).

O poder de polícia, em seu conceito, possui dois sentidos: o sentido amplo e o sentido estrito, compreendendo-se pelo sentido amplo, a atividade estatal que condiciona o exercício de direitos do cidadão mediante a coletividade, seja de forma repressiva ou preventiva, de modo que em sentido estrito compreende-se no poder da administração de limitar, de forma legal, as liberdades do cidadão para atender o interesse público (BERWIG, 2019, p. 360).

Ainda, Berwig (2019, p. 360) ressalta a existência de dois aspectos inerentes a tal poder, sendo:

(...) de um lado, as prerrogativas da administração pública, que lhe dão a posição de superioridade diante do cidadão e possibilitam a concretização do interesse público; de outro, as sujeições, que impõem limites à atuação da administração pública em benefício da garantia do direito dos cidadãos.

A partir disto, depreende-se que o poder de polícia possui o aspecto de superioridade em relação ao particular, de modo que viabiliza assegurar o interesse público da coletividade e de outro lado, encontram-se os aspectos das limitações, nos quais impõem limites para o exercício do poder de polícia pela administração pública, de modo a viabilizar em conjunto deste, os direitos particulares dos indivíduos, para que não ocorram quaisquer excessos ou abusos.

Sendo assim, se de um lado encontra-se o particular em que pretende exercer seus direitos de forma livre, conforme assegurado pela Constituição Federal de 1988, do outro lado, encontra-se a administração pública que pautada no interesse público da coletividade e nos limites legais, busca garantir a paz social (BERWIG, 2019, p. 360 e 361).

No entanto, para que seja exercido, ainda que seja um ato discricionário da administração pública, ou seja, um ato que deixa a critério do administrador a sua escolha para a melhor solução, deve-se observar os limites impostos pela lei, respeitando-se a finalidade, motivação, objeto, forma e a competência do ato a ser praticado. Ainda, observam-se alguns outros limites que os doutrinadores consideram ideais a serem aplicados com o intuito de preservar em parte os direitos individuais, sendo a necessidade, proporcionalidade e eficácia do ato. A

necessidade do ato, diz respeito à qual medida a ser adotada para evitar a lesão ou ameaça de lesão ao interesse público; a proporcionalidade, diz respeito à ligação para exigir a limitação de determinado direito particular à fim de evitar um prejuízo coletivo e a eficácia, diz respeito a adequação da medida para prevenir ou impedir que sejam causados danos ao interesse coletivo (DI PIETRO, 2020, p. 155 e 156).

3.2 A polícia judiciária e as atribuições da autoridade policial que viabilizam o procedimento de apreensão do aparelho telefônico

A atuação da polícia judiciária é definida no art. 4º, *caput*, do Código de Processo Penal o qual preconiza que: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá pôr fim a apuração das infrações penais e da sua autoria" (BRASIL, 1941). Ressalta-se que em âmbito estadual, a polícia judiciária é exercida pela Polícia Civil, de modo que no âmbito federal é exercida pela Polícia Federal, a qual irá variar a depender do âmbito de competência das respectivas instituições ou da prática de determinados tipos de crimes (BRASIL, 1988).

Em sua natureza jurídica prevista em lei, a polícia judiciária é aquela destinada principalmente para a investigação de crimes e por tal atribuição, possui personalidade, em regra, repressiva, pois abrange o campo de atuação posterior a prática de uma determinada infração penal, com o objetivo de apurar a autoria e materialidade desses crimes investigados (ALVES, 2021, p. 111).

A polícia judiciária é exercida através do inquérito policial, que trata-se de um procedimento preparatório para a ação penal, de caráter administrativo, que visa exclusivamente o recolhimento das provas necessárias para apuração da infração penal e de sua respectiva autoria (NUCCI, 2008, p.142 *apud* ALVES, 2021, p. 89), ou poderá ainda ser exercida por qualquer outro meio legal, através da figura do Delegado de Polícia, tido como autoridade policial, no objetivo de conduzir a investigação criminal com a finalidade de apurar o autor do crime e colher materiais suficientes para sua elucidação, podendo por meio dos poderes que lhe são conferidos por lei, ainda, requisitar perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos (BRASIL, 2013).

O Código de Processo Penal elenca em seu art. 6º e seus demais incisos (BRASIL, 1941) as diligências e atribuições a serem adotadas pela autoridade

policial ao tomar conhecimento de determinada infração penal, onde destacam-se os incisos I, II e III, aduzindo-se a seguinte formalidade:

6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

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;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (grifo nosso)

Depreende-se de forma específica e no que tange a possibilidade de violação do objeto, qual seja, do aparelho telefônico, as disposições dos incisos I, II e III do art. 6º do CPP, os quais autorizam que a autoridade policial, na figura do Delegado de Polícia, proceda com a busca no local do crime para manutenção e não alteração das provas e nem do seu respectivo local, bem como autoriza a apreensão dos objetos relacionados com o fato criminoso, e após devidamente periciados, compreende-se no dever de recolhimento de todas as provas necessárias para elucidação do crime e de suas circunstâncias.

Tais diligências firmadas nos incisos supracitados possuem suas características e suas finalidades específicas, contribuindo de determinada forma para a atuação da autoridade policial.

A diligência do inciso I do mencionado artigo, aplica-se nos chamados crimes materiais, ou seja, nos crimes que deixam vestígios, possibilitando-se que a autoridade policial, através de diligência efetuada no local da infração penal, encontre elementos materiais que possibilitam a elucidação da autoria, bem como que encontre objetos pessoais, documentos ou objetos usados no crime que

aduzem tal autoria (MOSSIN, 2013, p. 35 e 36).

O inciso II do mencionado artigo, diz respeito a apreensão dos objetos e instrumentos utilizados no crime, a qual é imprescindível, conforme denota-se do art. 11 do Código de Processo Penal, onde ressalta que “Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito” (BRASIL, 1941). Os objetos ora mencionados no referido inciso, nas palavras de Nucci (2021, p. 68) “são todos aqueles que sejam úteis à busca da verdade real, podendo tratar-se de armas, mas também de coisas totalmente inofensivas e de uso comum”.

Partindo-se da premissa do dever de apreensão do objeto, tal ato possui a finalidade de enriquecer os elementos probatórios necessários para a persecução penal, seja para órgão acusatório no cumprimento da pretensão punitiva, seja para o juiz como instrumento a ser utilizado para seu livre convencimento, seja para a própria defesa do acusado, servindo-se como meio probatório a demonstrar a incoerência das alegações da acusação (MOSSIN, 2013, p. 36 e 37).

Nesse contexto, Eduardo Espínola Filho *apud* Mossin (2013, p. 36) ressalta que:

(...) a apreensão de todos os objetos relacionados com o caso e, muito particularmente, dos instrumentos utilizados na execução do crime é outro elemento de uma valia que logo se patenteia, sendo muito exigível (o que, na prática, tem sido assaz descurado pelos policiais) que se fixe, com exatidão, o lugar preciso onde foram achados, com as circunstâncias em que se verificou o encontro. Esses objetos e instrumentos devem ser mandados a exame pericial, pois podem contribuir grandemente para elucidar o crime e descobrir os seus autores.

Partindo-se de tal entendimento supracitado, destaca-se que a apreensão dos objetos e instrumentos utilizados na prática criminosa são fundamentais para a demonstração do modo e do meio de agir dos agentes praticantes do ato ilícito, como também podem esclarecer a autoria do crime em algumas circunstâncias.

Já o inciso III do mencionado artigo, trata-se de uma norma genérica, a qual abarca o recolhimento de todas as provas que são necessárias para a elucidação do fato criminoso bem como de suas circunstâncias (MOSSIN, 2013, p. 37).

Visto isso, Bonde (2018. p. 53), acerca da possibilidade de acesso aos aparelhos telefônicos, manifesta-se nos seguintes argumentos:

É sabido que a polícia, em regra, não dispõe da tecnologia adequada no auxílio de suas investigações, e em relação aos inquéritos policiais brasileiros não é diferente.

A vistoria dos aparelhos telefônicos é realizada pela polícia judiciária e se refere ao conjunto de atos realizados a fim de apurar uma infração penal, bem como proceder a busca imediata de provas em tempo pertinente para elucidação de confecção de provas, fornecendo ao órgão de acusação todos os elementos necessários para propositura da ação penal.

Atualmente, não há dúvidas que o telefone celular se tornou indispensável, uma vez que possui inúmeras funções que vão além de uma simples ligação.

Por essa razão, tais objetos constituem uma fonte enorme de informações que podem auxiliar no esclarecimento de infrações penais.

(...)

Portanto, denota-se das palavras acima mencionadas que em várias circunstâncias e no cumprimento de suas respectivas funções, que, na maioria das vezes, a polícia não dispõe de instrumentos e meios necessários para proceder com as investigações dos crimes.

Com a evolução tecnológica, os aparelhos celulares, atualmente, tornaram-se objetos essenciais, que ultrapassam os limites de serem utilizados apenas para efetuar ligações, sendo assim, tornaram-se meios de armazenamento de informações que, muitas das vezes, podem servir para elucidação de um determinado ato criminoso.

Portanto, no cumprimento do seu mister, a polícia judiciária, no que tange ao acesso e conseqüente fiscalização do aparelho telefônico, atua dentro dos seus respectivos atos com a finalidade de apurar um determinado fato criminoso bem como na busca das provas necessárias para, eventualmente, fornecer ao órgão acusatório todos os materiais para a propositura de uma ação penal.

3.3 O exame de corpo de delito e a prescindibilidade de decisão judicial para análise do aparelho telefônico mediante procedimento de busca e apreensão

O exame de corpo de delito trata-se do exame cabível para apurar os elementos de materialidade perceptíveis presentes no local do crime; nesse sentido, em seu conceito ressalta Capez (2020, p. 433):

É o conjunto de vestígios materiais (elementos sensíveis) deixados pela infração penal, ou seja, representa a materialidade do crime. Os elementos sensíveis são os vestígios corpóreos perceptíveis por qualquer dos sentidos humanos.

Para que ocorra a preservação de tal materialidade atestada através de tal exame, tem-se que a autoridade policial, ao tomar conhecimento da infração penal, deverá se dirigir ao local do crime com a finalidade de manter e preservar os elementos nele encontrados até a chegada dos peritos, oportunidade em que após realizada a perícia pelos peritos, deverá apreender estes objetos e materiais, de modo que será realizada a colheita das provas necessárias para esclarecer os fatos e as circunstâncias que ocasionaram o mesmo, conforme disposição do art. 6º, incisos I, II e III, todos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, torna-se indispensável o exame de corpo de delito quando as infrações penais configurarem crimes materiais, ou seja, aqueles que deixam vestígios, sempre quando puder ser feito, conforme dita o art. 158, *caput*, do Código de Processo Penal onde traz que: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado" (BRASIL, 1941).

No intuito de auxiliar o delegado de polícia na sua atuação profissional e gerar maior segurança em suas decisões, ressalta-se o enunciado nº 18 aprovado no congresso jurídico dos delegados da polícia civil do Estado do Rio de Janeiro cuja literalidade repassa que (MOURA, 2016): "A requisição de exame pericial em dispositivos de armazenamento de mídia digital pelo Delegado de Polícia prescinde de autorização judicial, contanto que a sua apreensão tenha sido feita dentro dos ditames legais".

Consubstancia-se em tal enunciado, a apelação no processo nº 0040426-18.2013.8.13.0210-MG, de relatoria do Desembargador Paulo César Dias, onde ressalta em seu teor que (BRASIL. TJMG, 2016):

Inobstante a intimidade, a privacidade e o sigilo das comunicações telefônicas encontrarem-se constitucionalmente assegurados pela Carta da Republica de 1988, tem-se que o acesso aos dados constantes dos aparelhos celulares legitimamente apreendidos pela Autoridade Policial não caracteriza hipótese de interceptação telefônica, não ensejando, portanto, nulidade do Laudo Pericial por ofensa à garantia da inviolabilidade das comunicações, prescindindo, pois, de autorização judicial para confecção da perícia.

Lastreado em tais fundamentos antecedentes, tende-se, portanto, ser possível a submissão dos aparelhos celulares ao exame pericial, o qual prescinde de autorização judicial de acordo com os parâmetros legais supracitados, de modo

em que permita a Autoridade Policial efetivar as medidas investigatórias na apuração do crime.

Observa-se ainda que o procedimento que viabiliza tal violação do aparelho telefônico, é o procedimento de busca e apreensão, que deve ser interpretado na separação dos seus termos e de forma diferenciada, conforme ressalta Nucci (2021, p. 549):

Busca significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas ou lugares.

(...)

Apreensão é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos.

Em outras palavras, a busca é uma diligência com a finalidade de encontrar objetos e pessoas, e a apreensão trata-se de medida assecuratória de retenção colocando em guarda determinado objeto ou pessoa (LIMA, 2014. p. 681).

Para viabilização da prescindibilidade de autorização judicial para cumprimento de tal diligência pelos agentes estatais, o art. 244 do CPP prevê tal possibilidade quando se tratar de busca e apreensão pessoal, onde aduz que (BRASIL, 1941):

A busca pessoal independará de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Compreende-se, portanto, que, tratando-se de busca pessoal, realizada no próprio corpo da pessoa ou aos seus objetos e pertences que constituem corpo de delito, não será necessária a presença de mandado judicial.

Os agentes estatais legitimados para a realização da busca pessoal compreendem-se por aqueles previstos no art. 144 da Constituição Federal, o qual possuem a finalidade de assegurar a segurança pública, mantendo a preservação da incolumidade das pessoas, do patrimônio e da ordem pública, bem como possuem o papel de investigar e combater a prática de crimes, sendo: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares, corpos de bombeiros militares e polícias penais federal, estaduais e distrital (NUCCI, 2021, p. 338).

No entanto, deve ser observada a presença, conforme dispõe o próprio CPP, da fundada suspeita, a qual justifica e legitima a busca e apreensão pessoal, na qual Nucci (2021, p. 337) ressalta que “(...) Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige que seja fundada a suspeita, o que é mais concreto e seguro”. Sendo assim, não pode um agente policial valer-se de mera desconfiança baseada em uma intuição ou sensação pessoal, sem existir elementos concretos que fundamentem tal suspeita.

Dessa forma, observa-se o trecho proferido no Recurso Especial nº 1924573-SP mencionado pelo relator Ministro Olindo Menezes, acerca da prescindibilidade de decisão judicial para o corpo de delito em virtude do procedimento de busca e apreensão, na qual expõe que (BRASIL. TJSP *apud* BRASIL. STJ, 2021, p. 2 e 3):

Ora, de acordo com nosso ordenamento jurídico, a busca pessoal poderá ser realizada sempre que houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação, objetos falsificados ou contrafeitos, armas, munições, instrumentos utilizados na prática de crimes, enfim, qualquer objeto que possa auxiliar na investigação do crime ou que constitua corpo de delito está sujeito à apreensão. E, como cediço, em diversas situações, o aparelho celular é utilizado como um instrumento para a prática de crimes, notadamente para o tráfico de drogas, possibilitando a comunicação entre os traficantes e viabilizando o comércio ilícito. Por isso, pode-se afirmar que nessas situações, o aparelho celular constitui corpo de delito, sendo dever do Delegado de Polícia apreendê-lo e submetê-lo a exame pericial (o que ocorreu nos autos, conforme se infere a fls. 608/617), onde serão constatados os vestígios do crime. Não há que se falar, nesses casos, em quebra de sigilo telefônico, uma vez que a verificação dos registros contidos no aparelho é feita de maneira direta, mediante procedimento legalmente previsto (busca e apreensão), independentemente de requerimento à empresa de telefonia responsável pela linha.

No voto supracitado, entendeu-se que no procedimento pessoal realizado sobre a fundada suspeita de que alguém oculte objetos ou instrumentos que condizem ou que sejam utilizados para a prática de crimes, que possam ser utilizados para fins investigatórios, os mesmos sujeitam-se a apreensão para a confecção do exame pericial. Tratando-se no presente caso julgado de um aparelho celular, que em muitas das vezes é um objeto utilizado para a prática de ilícitos penais ou que viabiliza a prática de crimes, nessas situações, o mesmo constitui corpo de delito, devendo a Autoridade Policial apreendê-lo e submetê-lo a perícia, em consonância com as disposições legais do CPP, oportunidade em que serão constatados os vestígios materiais deixados pelo crime. Nesse sentido, não resta configurada a quebra do sigilo telefônico, haja vista que a verificação feita através

dos registros contidos no aparelho telefônico, se deu mediante procedimento legal de busca e apreensão, independentemente de requerimento à empresa de telefonia.

3.4 O postulado da proporcionalidade e a admissibilidade de provas ilícitas em favor da sociedade

No processo penal, as provas tidas como ilícitas são aquelas que foram obtidas a partir de violações a preceitos constitucionais ou legais, onde encontra base legal expressa na Constituição Federal no art. 5º, inciso LVI (BRASIL, 1988) e no Código de Processo Penal no art. 157, *caput* (BRASIL, 1941), o qual ressaltam a vedação e a inadmissibilidade como regra, das provas ilícitas, englobando também as derivadas das mesmas. Sendo assim, em seu sentido estrito, as provas ilícitas são aquelas produzidas e obtidas através da violação de um direito material, ou seja, de um direito inerente as pessoas no geral, a qual não necessita de processo legal para concretizá-lo (REIS; GONÇALVES, 2019, p. 136).

O postulado da proporcionalidade compreende-se por uma metanorma que dita um raciocínio e argumentação às normas que restringem os direitos fundamentais, sendo assim, compreende-se na fundamentação interna de uma decisão jurídica (NOVELINO, 2021, p. 338). Neste, compreende-se que determinada restrição a qualquer que seja o direito fundamental deva ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, sendo assim, é necessário que seja legítimo o meio que será utilizado bem como os fins a serem buscados, a necessidade da utilização da mesma, oportunidade em que poderá se optar pela medida mais adequada ao caso concreto se existirem meios semelhantes adequados e restritivos ao caso e, ainda, devem prevalecer as vantagens do propósito a ser alcançado em comparação com os prejuízos gerados pelos meios empregados, nos quais devem ser analisados através de um juízo de ponderação (NOVELINO, 2021, p. 337).

Visto isso, consoante a disposição da doutrina minoritária, entende-se pela possibilidade da utilização das provas ilícitas contra o réu no intuito de salvaguardar a segurança da sociedade, de forma que se permita a busca da verdade real dos fatos e consequente manutenção da ordem pública, reprimindo então, em tese, a sensação de impunidade aos criminosos que advém do meio social. Nesse sentido ressalta Avena (2020, p. 520):

Ora, o processo penal é acromático e tem como maior objetivo a descoberta da verdade. Para tanto, é preciso que se reconstituam os fatos de forma a se descobrir como, efetivamente, ocorreram. Nessa reconstrução, a regra, indubitavelmente, deve ser a licitude da prova. Independentemente disto, pensamos, mais uma vez contrapondo a orientação majoritária, que a necessidade de estabelecer-se a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5.º, caput, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos. (...)

Sendo assim, questiona-se acerca da flexibilização dos direitos e garantias fundamentais a detrimento dos direitos fundamentais que englobam e abrangem a sociedade de forma coletiva. Nessa linha de raciocínio, Capez (2020, p. 389) cumpre ressaltar que:

(...) não é razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer.

Nesse contexto, havendo colisão entre as normas ou princípios constitucionais, utiliza-se a proporcionalidade e a razoabilidade como meio de harmonizá-los, onde se analisa e se submete, a luz do caso concreto, o princípio de menor relevância ao de maior relevância, não podendo ainda serem desconsideradas todas e quaisquer provas tidas como ilícitas, pois existem hipóteses em que o interesse da intimidade é submisso a outros tipos de interesses mais abrangentes e contundentes a situação específica (CAPEZ, 2020, p. 390).

Utilizando-se de proporcionalidade no intuito de harmonizar os direitos conflitantes, ressalta Reis; Gonçalves (2016, p. 328):

Tem aceitação na doutrina o critério da proporcionalidade, segundo o qual a vedação à utilização da prova ilícita não tem caráter absoluto, motivo pelo qual a proibição pode ser mitigada quando se mostrar em aparente confronto com outra norma ou princípio de estatura constitucional. A aplicação desse critério decorre da teoria da concordância prática (ou da harmonização) das regras constitucionais, que preconiza a coexistência harmônica das normas dessa natureza.

Tal raciocínio supracitado transparece o caráter não absoluto das provas ilícitas como também a possibilidade de flexibilização dos direitos quando estes estiverem em conflito com a própria norma ou com os princípios de natureza constitucional. Portanto, a depender do caso concreto, poderá ser afastada a

ilicitude da prova e torná-la conseqüentemente lícita.

Partindo-se da premissa do raciocínio da restrição, ressalta-se o sábio entendimento proferido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura em determinados trechos de seu voto proferido no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 51.531-RO, no qual dispõe que (BRASIL. STJ, 2016, p. 23, 26 e 27):

(...) Havendo, pois, outro preceito constitucional que se coloca, ao menos parcialmente, em conflito com o direito à intimidade – no que se refere aos dados armazenados em aparelhos celulares –, deve ser levado a cabo um processo de ponderação, que tome em consideração os interesses em jogo. Nesse processo de ponderação, não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, mas deve haver um esforço para assegurar a aplicação das normas conflitantes, conquanto uma delas tenha de sofrer atenuação.

(...)

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 cativo recém-abandonado: o acesso incontido aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado.

Com isso, seriam observados, em medida proporcional, os interesses constitucionais envolvidos, isto é, o direito difuso à segurança pública (artigo 144) e o direito fundamental à intimidade (artigo 5º, X) (...).

Depreende-se, portanto, no trecho proferido pela ministra e em consonância com a possibilidade de admissão das provas ilícitas em favor da sociedade, que não descarta-se totalmente a possibilidade de tal violação dos dados armazenados no aparelho celular, ainda que ausente de prévia autorização judicial, em situações que justifiquem a urgência e o caráter excepcional da medida, em razão da possibilidade de incorrer em prejuízo concreto a investigação ou até mesmo a própria vítima de um determinado crime, observando por óbvio e de forma conjunta, a proporcionalidade do direito a segurança pública e o direito à intimidade da pessoa.

Como um exemplo, Avena (2021, p. 499) cita o seguinte questionamento e observação acerca da prova ilícita produzida pela vítima para resguardar os seus direitos, ressaltando-se a possibilidade conforme posição firmada pelo STJ e STF:

E quando se tratar de prova ilícita produzida pela própria vítima na salvaguarda de direitos próprios? Neste caso, há forte posição, adotada, inclusive, no âmbito dos Tribunais Superiores (STF e STJ) no sentido de que poderá a prova ser utilizada desde que se caracterize hipótese de

evidente legítima defesa ou estado de necessidade. Não se estaria, enfim, diante de uma prova ilícita, mas sim de prova lícita, visto que tanto a legítima defesa como o estado de necessidade caracterizam-se como excludentes de ilicitude, afastando, portanto, eventual ilicitude da prova obtida com violação a regras de direito material.

Ainda, para melhor elucidação de tal entendimento, Avena (2021, p. 500) cita o seguinte exemplo:

Considere-se, por exemplo, a hipótese de que determinada pessoa, com o filho sequestrado e avisada de que será ele morto caso desencadeada investigação policial, venha a solicitar, in off, que um policial conhecido realize, por meio de equipamento eletrônico acoplado a seu aparelho, a escuta das conversas mantidas com os sequestradores. Realizado esse procedimento, vêm os criminosos, mais tarde, em consequência do registro telefônico, a ser identificados, localizando-se o cativo e libertando-se a vítima sem que tenham ocorrido prisões em flagrante (o que já seria prova de per si) em razão da fuga dos criminosos. Neste caso, é evidente que a prova deverá ser considerada válida, pois alcançada em flagrante conduta de legítima defesa patrocinada pela própria vítima.

Nessa posição, ressalta-se o voto do Ministro Moreira Alves, no *Habeas Corpus* nº 74.678-1-SP, onde aduz que (BRASIL. STF, 1997, p. 7):

(...) evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.

A partir desse entendimento, repele-se que nem toda prova, ainda que tida como ilícita, não possa se tornar lícita e ser reutilizada no processo, como no caso da legítima defesa ou do estado de necessidade da própria vítima e de seus respectivos direitos, contrariando o entendimento de que tal prova nasceria morta e não poderia ser ressuscitada ou admitida. Portanto, incidindo-se tais causas excludentes de ilicitude, afastadas seriam as violações de direito material resultantes para a obtenção da prova, e por conseguinte, a prova seria tida como válida, pois resta caracterizada tal causa excludente (AVENA, 2021, p. 500).

Nas palavras de Moraes (2020, p. 134), acerca da possibilidade de utilização da prova ilícita no intuito de defender a liberdade pública, ressalta que:

(...) as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

A partir do argumento ante exposto, entende-se que a depender do caso concreto, levando-se em conta o caráter excepcional e de necessidade, possível a utilização e a obtenção das provas ainda que ilícitas, com o objetivo de reprimir as práticas criminosas e evitar que determinado indivíduo não seja responsabilizado penalmente. Nesse sentido, qualquer indivíduo que praticasse determinado ato ilícito que visa lesar as liberdades públicas e até mesmo a dignidade da pessoa humana, não poderá alegar ilicitude da prova para afastar tal responsabilidade sobre o ato.

3.5 Da possibilidade de acesso ao celular pela analogia da inviolabilidade domiciliar e sua respectiva excepcionalidade na hipótese de prisão em flagrante

Destaca-se o art. 5º, inciso XI da CF/88, que dispõe acerca da regra da inviolabilidade do domicílio do indivíduo e na sua mesma literalidade, aduz a possibilidade de flexibilização e relativização deste direito de intimidade do cidadão na hipótese de flagrante delito (BRASIL, 1988):

Art. 5º (...)

XI - **a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito** ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (grifo nosso)

Nesse contexto, observa-se que o art. 244 prevê em sua literalidade que na hipótese de prisão, a busca pessoal no indivíduo independe de mandado (BRASIL, 1941).

Visto isso, torna-se necessário analisar as hipóteses de ocorrência do flagrante, que consoante a disposição do art. 302 do Código Processo penal, dispõe que (BRASIL, 1941):

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Nessa linha de raciocínio, Tourinho Filho (2014, p. 250) acentua-se sobre o seguinte questionamento “[...] se no caso de flagrante a Magna Carta permite a entrada em domicílio, que dizer da pessoa que está levando consigo entorpecente e objetos furtados? Não está em estado de flagrância?”

Reafirmando-se tal entendimento, o relator Ministro Gilmar Mendes no HC 91.867-PA proferiu os seguintes termos (BRASIL. STF, 2012, p. 14):

Ademais, impende lembrar que a Constituição Federal excepcionou a inviolabilidade domiciliar na hipótese de flagrante delito (art. 5º, XI). A própria liberdade sofre restrição no flagrante delito. Um aparelho de celular receberia proteção diversa?

Nessa perspectiva, Nucci (2020, p. 68) acerca da possibilidade de acesso do telefone, dita que “Tratando-se de prisão em flagrante, cuja legitimidade provém diretamente de texto constitucional, torna-se diligência lógica apreender tudo o que se encontra com a pessoa presa, tendo amplo acesso ao conteúdo do celular”.

Observadas tais reflexões e trazendo-as à baila para análise, repele-se que nas situações em que a polícia encontra-se em situação de flagrante delito, tal acesso ao celular será constitucional, buscando-se a interrupção da prática do crime, bem como para a possível identificação dos coautores que o cometeram em conjunto com o indivíduo preso em flagrante (CHEKER, 2020).

Na natureza flagrancial exige-se urgência para acesso dos dados contidos no celular apreendido, compreendido este nos objetos apreendidos pela autoridade policial que tiveram ligação com o fato, objetivando-se na colheita das provas necessárias para a elucidação da existência de um fato criminoso, para identificação dos responsáveis pelo fato, bem como para a preservação dos vestígios deixados pelo crime (BRASIL. STF, 2020, p. 9).

No que concerne ao termo “urgência” reflete o fortalecimento do poder investigatório, ao passo de efetivar-se a colheita do maior número de materiais

possíveis para a averiguação do crime e de seus respectivos autores, e também, para efetuar-se a perseguição do suspeito, conforme previsão do art. 302, inciso III, do CPP (BRASIL. STF, 2020, p. 9).

Portanto, nesse contexto que mescla a proporcionalidade entre os meios a serem utilizados na investigação e a urgência para a realização de uma ação veloz e eficiente para o esclarecimento do crime e de seus respectivos agentes, ambos observados na hipótese de flagrante, tende-se uma fundamentação concreta para a respectiva intervenção na esfera privada do indivíduo, no que tange especificadamente aos dados e registros encontrados no aparelho telefônico, oportunidade que tal acesso aos dados não configura violação ao direito fundamental do acusado, tratando-se de garantia de investigação policial compreendida no art. 6º, inciso II, do Código de Processo Penal (BRASIL. STF, 2020, p. 9 e 10).

Nessa esteira, a autoridade policial bem como os demais agentes policiais, ambos garantidores da segurança pública, possuem o dever de fazer uma prévia análise de cada caso em concreto e de suas especificidades, de forma a ponderar os valores que estão em jogo, no intuito de viabilizar a possibilidade ou não de violação do celular de um criminoso em flagrante delito, onde tal ação policial, poderá, posteriormente, sofrer controle do Poder Judiciário declarando a nulidade da prova produzida ou confirmando a licitude do acesso policial realizado (FOUREAUX, 2019, p. 8).

4. DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA VIOLABILIDADE DOS DADOS TELEFÔNICOS

Depreende-se que o próprio legislador elaborou instruções e expressou em seus dispositivos legais a importância de se obter uma investigação criminal eficiente, como também a relevância da preservação do direito à intimidade, da vida privada e o sigilo das comunicações que abarcam cada indivíduo na sociedade. No entanto, a depender do fato e do caso concreto em análise, observa-se a ocorrência de colisão entre interesses legítimos abarcados por lei, sendo assim, cabe ao Poder Judiciário estabelecer um critério de equilíbrio entre tais normas para que ambos interesses sejam igualmente abarcados, de forma proporcional e ponderada. Nesse propósito, ressalta-se o seguinte questionamento: como os tribunais superiores,

através das suas respectivas jurisprudências, tem proferido suas respectivas decisões no que tange ao dever de investigação da autoridade policial lastreado no direito fundamental a segurança pública coletiva, objetivando-se na colheita de todas as provas necessárias para a elucidação de um crime, inclusive aquelas obtidas do aparelho telefônico encontrado no local do fato e sem necessidade de decisão judicial para tal acesso, sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais da inviolabilidade da privacidade e do sigilo das comunicações pessoais?

Portanto, torna-se necessário observar o entendimento dos tribunais superiores acerca da matéria, pois como observou-se durante o artigo, a constituição bem como as legislações infraconstitucionais, mediante o avanço da tecnologia e em casos específicos, não conseguiu acompanhar tal extensão, o que ocasionou conflitos e trouxeram confusões acerca do assunto.

4.1 Dos precedentes do STJ – Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, acerca da matéria, trouxe em várias decisões um entendimento excepcional de possibilidade de acesso ao aparelho telefônico, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

Inicialmente, ressalta-se o entendimento pacífico firmado no STJ quanto a impossibilidade de violação de dados decorrentes de comunicações telefônicas, vislumbrando-se no voto proferido pelo Relator Ministro Felix Fischer no *Habeas Corpus* nº 372.762-MG, onde traz as seguintes disposições (BRASIL. STJ, 2017, p. 1 e 2):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO, TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DADOS ARMAZENADOS NO APARELHO CELULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI N. 9.296/96. PROTEÇÃO DAS COMUNICAÇÕES EM FLUXO. DADOS ARMAZENADOS. INFORMAÇÕES RELACIONADAS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE. INVOLABILIDADE. ART. 5º, X, DA CARTA MAGNA. ACESSO E UTILIZAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI N. 9.472/97 E DO ART. 7º DA LEI N. 12.965/14. TELEFONES CELULARES APREENDIDOS EM CUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ANÁLISE E UTILIZAÇÃO DOS DADOS NELES ARMAZENADOS. REVOGAÇÃO OU RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) **IV - 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. (grifo nosso)

Portanto, conforme entendimento pacífico já fixado pelo próprio STJ, tende-se que os dados armazenados no aparelho telefônico resultantes da captação via aplicativos de troca de mensagens ou de qualquer outro meio eletrônico são invioláveis, pois dizem respeito à intimidade e a vida privada da pessoa, conforme disposto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Nos parâmetros infraconstitucionais, tal inviolabilidade ainda é assegurada nas normas do art. 3º da Lei 9.472/97 e do art. 7º da Lei nº 12.965/14 nas quais resguardam, respectivamente, o sigilo abrangente nas comunicações telefônicas, ressaltando-se que para que ocorra a violação dos dados, necessário torna-se a prévia decisão judicial para o respectivo acesso ao conteúdo de tais dados privados armazenados ou dados armazenados em comunicações via internet. Percebe-se que tais dispositivos federais protegem tanto a quebra do sigilo telefônico, cuja captação ocorre de forma instantânea, quanto as comunicações privadas do indivíduo armazenadas, ou seja, dados já armazenados no aparelho telefônico ou em outros meios de retenção de dados. Visto isso, tende-se no que diz respeito as comunicações telefônicas que são ilícitas as provas produzidas a partir de tal violação ao aparelho celular, sendo imprescindível a decisão judicial nessas hipóteses (BRASIL. STJ, 2017, p. 12 e 13).

No entanto, o próprio STJ, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.760.815-PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz estabeleceu que na ocorrência da quebra de sigilo dos dados cadastrais dos usuários, registro de número de chamadas, duração, horário, como demais registros, estes não condizem com as comunicações telefônicas e são informações externas a estas, sendo assim, não se submetem aos ditames da lei n.º 9.296/96, que trata da interceptação da transmissão do interlocutor ou do próprio teor da comunicação telefônica (BRASIL. STJ, 2018, p. 1).

Utilizando-se de tal diferenciação dos dados presentes nos registros do celular para os dados constantes das comunicações telefônicas, o próprio STJ fixou entendimento específico quanto à possibilidade do acesso de dados pela autoridade

policial, independentemente de prévia autorização judicial, no que diz respeito ao acesso aos registros telefônicos e à agenda do aparelho celular, informando que estes não estariam abarcados pelo art. 5º, inciso XII, da CF/88; sendo assim, não haveria ilegalidade na referida prova produzida, conforme denota-se no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.853.702-RS, em voto proferido pelo relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (BRASIL. STJ, 2020, p. 1 e 2):

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEI Nº 12.850/2013. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSULTA DA AGENDA TELEFÔNICA E REGISTROS DE CHAMADAS EXISTENTES NO APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEGALIDADE DA PROVA. CONDENAÇÃO POR OUTROS MEIOS. PENA-BASE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. **1. Esta Corte Superior entende que a devassa nos dados constantes no aparelho celular, como mensagens de texto e conversas por meio de aplicativos, diretamente pela polícia, sem autorização judicial, constitui meio de prova ilícito e, conseqüentemente, os dados obtidos não podem constituir prova, devendo ser excluídos dos autos. No entanto, no presente caso, a Corte local informou ter havido acesso aos registros telefônicos e à agenda do aparelho celular apreendido com um dos envolvidos, dados esses não abarcados pela reserva de jurisdição prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, não podendo se falar em ilegalidade da referida prova. (grifo nosso)**

Seguindo-se a mesma linha de raciocínio do julgado anterior, o relator Ministro Joel Ilan Paciornik no Recurso Especial nº 1782386-RJ, proferiu o seguinte voto (BRASIL. STJ, 2020, p. 1):

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. USO DE DADOS CONTIDOS NA AGENDA TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VALIDADE. SITUAÇÃO NÃO ALBERGADA PELO SIGILO TELEFÔNICO OU TELEMÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) **2. "O aparelho celular configura-se, concomitantemente, como um objeto capaz de assegurar a portabilidade de registros e informações de conteúdo pessoal e receptáculo de tecnologias de informação (especialmente aplicativos), que faz o papel de conector entre o usuário e múltiplos veículos de informação e facilitadores"** (Revista Brasileira de Ciências Criminais 2019 – RBCrim nº 156, de autoria do Doutor Ricardo Jacobsen Gloeckner e da Mestre Daniela Dora Eilberg, pág. 359). **3. O inciso XII do art. 5º da Constituição veda o acesso a dados decorrentes de interceptação telefônica ou telemática, ainda que armazenados no aparelho celular, sem a correspondente autorização judicial. 4. No caso, como autorizado pelo Código de Processo Penal – CPP foi apreendido o telefone celular de um acusado e analisados os dados constantes da sua agenda telefônica, a qual não tem a garantia de proteção do sigilo telefônico ou de dados telemáticos, pois a agenda é uma das facilidades oferecidas pelos modernos aparelhos de smartphones a seus usuários. 5. Assim, deve ser reconhecida como válida a prova produzida com o acesso à agenda telefônica do recorrido, com o restabelecimento da sentença condenatória,**

determinando-se que a Corte a quo continue a apreciar a apelação. 6. Recurso especial provido. (grifo nosso)

Ressaltou o Ministro em seu voto supracitado que o aparelho celular trata-se de um objeto portátil capaz de armazenar registros e informações, sejam elas de conteúdo pessoal ou até mesmo na utilização de aplicativos, fazendo a conexão entre os usuários e inúmeros veículos de informação de forma mais facilitada. Isto posto, o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988 estabelece acerca da inviolabilidade das comunicações telefônicas decorrentes da interceptação telefônica, sendo imprescindível a autorização judicial nessa hipótese. No entanto, a agenda de contatos não está abarcada por tal proteção constitucional, pois foram dados reunidos pelo proprietário do aparelho celular que não decorrem de comunicação telefônica; nesse sentido, a agenda de telefone não estaria abarcada pela proteção do sigilo e dos dados telemáticos, tratando-se apenas de um meio oferecido pelos aparelhos celulares aos seus usuários. Isto posto, considerou-se como válida a prova obtida através do acesso à agenda de contatos do aparelho telefônico, ressaltando-se que a autoridade policial e seus agentes agiram nas disposições do art. 6º, incisos II e III do Código de Processo Penal, no qual apreenderam os objetos condizentes com o fato e colheram as provas necessárias para esclarecer o crime e suas circunstâncias (BRASIL. STJ, 2020, p. 7, 25, 26 e 30).

Em outro precedente, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em recente julgado no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.573.424-SP, ressaltou a seguinte tese de possibilidade de acesso ao celular, sem prévia autorização judicial, quando o celular for encontrado próximo ao acusado e o mesmo negar sua propriedade, oportunidade em que o acesso é fundamentado na busca da propriedade do aparelho celular (BRASIL. STJ, 2020, p. 2):

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NATUREZA PERMANENTE DO DELITO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. ACESSO A DADOS DO CELULAR DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL PRÉVIO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. EXCEPCIONALIDADE. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FONTES INDEPENDENTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA PELA SENTENÇA SUPERVENIENTE.

OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA. PRECLUSÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 6. Na espécie, contudo, as instâncias ordinárias asseveraram que, **ao ser abordado pelos policiais militares, o recorrente inicialmente negou a propriedade do celular localizado próximo a ele (e-STJ fl. 549), tendo os policiais realizado uma breve consulta dos dados do aparelho abandonado em via pública, a fim de identificar a propriedade do objeto (e-STJ fl. 419). Ora, diante dessa específica particularidade do caso concreto (negativa do acusado de que o celular lhe pertencesse), deve ser mantido o afastamento da suposta ilicitude das provas obtidas a partir do acesso pelos policiais às informações contidas no referido aparelho celular apreendido.** (grifo nosso)

Dessa forma, compreende-se do julgado acima elucidado que tratando-se de celular encontrado próximo ao abordado e que o mesmo rejeite a sua propriedade, a atuação com a consequente violação do celular pelos policiais, respeitando-se os limites das comunicações telefônicas protegidas pela Constituição Federal, pela lei nº 9.472/1997 e pela lei nº 12.965/2014, é lícita e válida é a prova produzida em decorrência desta (BRASIL. STJ, 2020, p. 15 e 19).

4.2 Dos precedentes do STF – Supremo Tribunal Federal

Tal discussão acerca da matéria iniciou-se no precedente firmado no *Habeas Corpus* nº 91.867-PA de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual proferiu-se nos seguintes termos (BRASIL. STF, 2012, p. 1 e 2):

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA.

(...)

2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 **Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.** 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de

prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. (grifo nosso) (...)

O entendimento inicial firmado no julgado acima foi de licitude do ato praticado pela autoridade policial, mediante acesso aos dados do telefone, independentemente de autorização judicial. Adentrando-se aos fundamentos da decisão proferida, ressaltou-se que a proteção constitucional de inviolabilidade prevista no art. 5º, inciso XII da Carta Magna de 1988, confere proteção para a comunicação dos dados, e não para os dados em si registrados no aparelho telefônico. Nesse sentido, a autoridade policial, mediante o acesso aos registros no telefone, no qual fora obtido o número de telefone, e, no cumprimento do seu mister, com previsão expressa no art. 6º, do CPP, apenas buscou elementos necessárias para elucidação da autoria e materialidade do crime, não acarretando quaisquer violações ao direito da intimidade ou da privacidade do acusado. Ainda, tal acesso aos dados permitiu que fosse traçado um caminho para a investigação, bem como ensejou que tal dispositivo eletrônico era essencial e importante para a investigação do fato criminoso.

Nesse sentido, questionou-se, do ponto de vista analógico, a seguinte reflexão: se o número de telefone estivesse em uma folha de papel, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se esse mesmo número estivesse registrado em uma agenda de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão? Tal acesso ao número de telefone acarretou alguma violação ao direito à intimidade ou privacidade do acusado (BRASIL. STF, 2012, p. 14)?

Sendo assim, tendo em vista não existir direitos e garantias fundamentais de natureza absoluta, razoável torna-se o ato da autoridade policial, não ocorrendo lesão aos direitos constitucionais protegidos. Saliencia-se que a proteção constitucional da intimidade e da privacidade, do ponto de vista argumentativo, não pode sofrer desvios, como também não pode salvaguardar as práticas ilícitas ou criminosas (BRASIL. STF, 2012, p. 17 e 18).

Reafirmando o entendimento proferido no HC 91.867-PA e utilizando-se deste como precedente para proferir sua fundamentação ao caso, o relator Ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário com Agravo de nº 1.042.075-RJ que tramita

atualmente em sede de repercussão geral, propôs a seguinte tese (BRASIL. STF, 2020, p. 12):

É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII).

Para fundamentar tal tese à luz do caso concreto, aduziu-se o seguinte questionamento: haveria violação ao direito a intimidade do réu o acesso, pela autoridade policial, sem a prévia autorização judicial, aos dados e aos registros telefônicos no celular encontrado fortuitamente no local do crime e apreendido, nas formalidades do artigo 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal (BRASIL. STF, 2020, p. 4)?

Em suas razões, destaca-se o conceito que diferencia os dados derivados das comunicações para os demais dados presentes no aparelho celular, na qual os dados derivados de comunicações são aqueles em que se tem acesso ao conteúdo das conversas desenvolvidas entre os interlocutores, o qual é assegurado pela CF, em seu art. 5º, inciso XII, e em razão de tal proteção, torna-se imprescindível o mandado judicial para obtenção de tal acesso. Já os dados contidos no celular consistem na análise dos dados e dos registros existentes no telefone. Nessa hipótese, tende-se de forma necessária que a autoridade policial tenha ciência se os dados armazenados no aparelho telefônico guardam relação com a prática criminosa, bem como na busca da autoria e materialidade do crime, na forma do art. 6º, do CPP (VICTOR MINERVINO QUINTIERE *apud* BRASIL. STF, 2020, p. 3 e 4).

Observando-se tal conceito e suas diferenças, percebe-se que o próprio STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.407-8-SC, no voto da relatora Ministra Cármen Lúcia, manifestou-se no sentido de distinção dos dados presentes nos registros do telefone para os dados constantes nas comunicações telefônicas, conforme denota-se a seguir (BRASIL. STF, 2007, p. 11):

A obrigação definida na lei catarinense, relativamente à obrigação de se fazer constar “identificação telefônica” (...) na parte traseira do veículo, através de adesivo ou pintura, em lugar visível, constando o código de discagem direta à distância, seguido do número de telefone” da empresa ou do proprietário **em nada fere o inciso XII do art. 5º da Constituição da República, como alegado pelo Autor da presente ação. A proibição contida nessa norma constitucional refere-se, basicamente, à**

interceptação e à consequente captação da conversa, por terceira pessoa, sem a autorização e/ou o conhecimento daqueles diretamente envolvidos e interessados na conversa telefônica. Informar o telefone para contato não implica quebra de sigilo telefônico. (grifo nosso)

Depreende-se, portanto que, a própria corte possui entendimento de que a norma prevista no art. 5º, inciso XII, da CF/88, abarca tão somente a captação e a interceptação das comunicações dos dados que não poderiam ser violadas por um terceiro indivíduo estranho a comunicação sem a devida decisão judicial ou autorização dos interlocutores, ocasião em que os dados registrados no aparelho telefônico não estariam abarcados por tal inviolabilidade do sigilo.

No caso apreciado pela corte, destacou-se que o aparelho telefônico foi deixado pelo acusado no local do crime, oportunidade em que foi encontrado e dele se extraíram dados constantes na agenda e registros telefônicos. Nesse contexto, tornou-se razoável o exame do aparelho celular encontrado no local do crime, tendo em vista que nele constataram-se elementos necessárias para elucidar o crime bem como para identificar a sua respectiva autoria, a teor do disposto no art. 6º do CPP (BRASIL. STF, 2020, p. 8 e 9).

Apoiando-se a tais fundamentos antecedentes, o relator Ministro Dias Toffoli proferiu o seguinte trecho em seu voto no ARE nº 1.042.075-RJ (BRASIL. STF, 2020, p. 9 e 10):

Esse contexto, que condensa a proporcionalidade entre os meios investigativos legais e a necessidade de ação rápida e efetiva para solucionar o fato, em especial a identificação dos autores do fato, comuns numa situação de flagrância, justifica a relativa e pontual intromissão na esfera do indivíduo no tocante aos registros e dados telefônicos encontrados no celular apreendido, já que o acesso a tais dados fundamentou-se no dever de investigação da polícia (art. 6º, II, do CPP), o que, por si só, não caracteriza violação dos direitos fundamentais do réu. Como se pode ver, **além de não ter havido violação do sigilo da comunicação de dados, o acesso a registro telefônico não acarretou risco à intimidade do acusado nem ofensa à privacidade, mormente por não resultar em acesso a dados íntimos. Como bem ressaltou o Min. Gilmar Mendes no HC nº 91.867/PA, trata-se de “mera combinação numérica”, sem possibilidade fática ou jurídica de violar a privacidade ou a intimidade do acusado** (art. 5º, X, da CF). (grifo nosso)

Visto isso anteriormente, reafirma-se a importância da celeridade e da proporcionalidade dos meios investigativos para identificação dos autores do fato criminoso, bem como para alcançar as soluções dos casos investigados. Nesse contexto, torna-se motivação idônea para a interferência no que diz respeito ao

acesso aos registros e dados telefônicos dos celulares apreendidos, embasando-se no dever investigatório da polícia, consubstanciado no art. 6º, inciso II, do CPP e não caracterizando-se como ofensa aos direitos fundamentais do acusado, em especial, o direito a intimidade, privacidade e ao sigilo das comunicações.

Sendo assim, o entendimento da jurisprudência do STF firma-se no sentido de considerar lícitas as provas produzidas pela autoridade policial, independentemente de prévia autorização judicial, no que tange ao acesso a agenda e aos registros constantes no celular encontrado e apreendido no local do crime atribuído ao acusado, não configurando tal acesso ofensa ao direito à privacidade ou ao sigilo das comunicações, abarcados respectivamente pelo art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL. STF, 2020, p. 12).

Reafirma-se ainda, o entendimento proferido pelo relator Ministro Dias Toffoli em seu voto no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 132.115-PR, onde constata-se o seguinte trecho (BRASIL. STF, 2018, p. 3):

(...) O Supremo Tribunal, em julgamento paradigmático, reconheceu, já sob a égide do ordenamento constitucional vigente, que o sigilo de correspondência não é absoluto, tendo esta Corte conferido validade à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, “eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas” (HC nº 70.814/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 24/6/94). (grifo nosso)

Na ótica do entendimento firmado internamente pelo próprio tribunal superior, reafirma-se que os direitos e garantias fundamentais e individuais, como a garantia da inviolabilidade da intimidade e das comunicações não possuem natureza absoluta, sobretudo quando utilizados e invocados com o propósito de proteger práticas ilícitas ou criminosas (BRASIL. STF, 2018, p. 20).

No entanto, depreende-se que o próprio Ministro Gilmar Mendes, em tempos atuais, alterou seu entendimento anteriormente proferido no *Habeas Corpus* nº 91.867-PA ao passo que conclui que os dados registrados no celular também encontram-se abarcados pela inviolabilidade do inciso XII, da Carta Magna de 1988, em razão da ocorrência de mutação constitucional, conforme observa-se nos trechos retirados do voto proferido no *Habeas Corpus* nº 168.052-SP (BRASIL. STF, 2020, p. 3, 4, 5 e 9):

(...)

Creio, contudo, que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones leva, nos dias atuais, à solução distinta.

Ou seja, penso que se está diante de típico caso de mutação constitucional.

(...)

A norma do art. 7º, III, da referida lei é elucidativa ao prever a inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas (dados armazenados), “salvo por ordem judicial”.

Percebe-se, portanto, que a legislação infraconstitucional avançou para possibilitar a proteção dos dados armazenados em comunicações privadas, os quais só podem ser acessados mediante prévia decisão judicial – matéria submetida à reserva de jurisdição.

(...)

Não obstante, a proteção à intimidade e à vida privada contida no art. 5º, X, da CF/88, e a exigência da observância ao princípio da proporcionalidade nas intervenções estatais nesses direitos, impõem a revisão de meu posicionamento anterior, para que o acesso seja condicionado à prévia decisão judicial.

Restou-se demonstrado de tal voto supracitado a mudança de entendimento através do fenômeno da mutação constitucional, ou seja, parte-se de uma nova interpretação normativa acerca da abrangência prevista no inciso XII da Constituição Federal de 1988, tendo em vista os avanços tecnológicos, as modificações que surgiram de acordo com novos fatos e situações jurídicas distintas, bem como a promulgação de novas leis que abarcaram novas proteções aos dados armazenados nas comunicações, especialmente quanto a norma infraconstitucional do art. 7º, inciso III da lei 12.965/2014. Nesse sentido, observa-se a proteção do direito a intimidade e a vida privada contidos no inciso X, do art. 5º da CF/88, bem como leva-se em consideração a proporcionalidade das intervenções do Estado em tais direitos, entendendo-se necessária a exigência de prévio mandado judicial para a violação dos dados e comunicações constantes no aparelho celular.

Mantendo-se de tal entendimento e em divergência com o relator do recurso, o Ministro Gilmar Mendes no ARE nº 1.042.075-RJ, que se encontra tramitando em regime de repercussão geral, firmou-se na seguinte tese no voto proferido (BRASIL. STF, 2020, p. 10):

O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos (CF, art. 5º, X e XX).

Portanto, denota-se do entendimento supracitado que é imprescindível o mandado judicial para a violação dos dados em geral, dos registros telefônicos e da agenda de contato constantes no aparelho celular apreendido pela autoridade policial e atribuído a determinado suspeito de um crime, devendo ainda tal medida, mediante o caso concreto, estar amparada em sua necessidade, adequação e em sua proporcionalidade, em consonância com os direitos e garantias fundamentais da intimidade, da privacidade e do sigilo das comunicações e dos dados das pessoas.

Isto posto, compreende-se acerca da inviolabilidade integral dos dados e a impossibilidade de conferência parcial das informações contidas no aparelho celular, levando-se em conta que tal acesso viabilizaria o comprometimento e tornariam fragilizadas as normas constitucionais, as quais poderiam tais meios acarretarem violações ou abusos que poderiam ser facilmente acobertados (BRASIL. STF, 2020, p. 8).

No entanto, de forma excepcional e caracterizada a urgência da medida, como por exemplo em uma situação de sequestro ou de ataque terrorista, autoriza-se a violação do aparelho celular sem prévia autorização judicial, pois tal acesso é justificado em razão da ponderação dos interesses que estão em jogo naquele momento, podendo tal controle judicial ser postergado, sob pena de ilicitude da prova obtida (BRASIL. STF, 2020, p. 9).

5. CONCLUSÃO

Partindo-se da evolução tecnológica e da criação de vários outros meios de comunicação e de armazenamento de dados, sejam eles pessoais ou de terceiros, os aparelhos telefônicos tornaram-se um mecanismo mais eficiente para facilitação do acesso ao conhecimento e a informação, e nesse sentido, tornou-se cada vez mais necessário manter a segurança dos dados, pois muitos deles dizem respeito a intimidade e a privacidade das pessoas, dados estes abarcados pelo sigilo.

Depreende-se que os métodos de investigação acabaram sofrendo dificuldades e tornaram-se ineficazes em razão de tal avanço e de tais utilizações destes mecanismos facilitadores de comunicação e de informação que muitas das vezes são utilizados para acobertar ou até mesmo para assegurar determinada prática criminosa. Portanto, necessário tornou-se a prática do Estado, muitas das vezes de meios mais agressivos e invasivos, mas dentro dos limites legais, para a repressão da utilização destes meios para salvaguardar ou acobertar as práticas com finalidade ilícita.

Visto isso, os dados em que a Autoridade Policial obteve através do acesso a um aparelho telefônico encontrado no local do crime, ainda que ausente de prévia autorização judicial, apresentam-se nos moldes da lei como provas que devem ser recolhidas e utilizadas como meio investigatório ou para obter a elucidação de um crime e de seus respectivos autores, justamente por tal capacidade de armazenamento, limitando-se tal violação as garantias fundamentais da intimidade, privacidade e sigilo.

Deste modo, a proteção conferida pela constituição federal aos dados e a privacidade das pessoas deve, diante desse cenário de evolução tecnológica, estar em conformidade com o direito fundamental a segurança pública visando o âmbito coletivo, apresentando-se novos meios que permitam trazer mais eficiência para as investigações criminais e que garantam a efetividade da proteção dos direitos e garantias fundamentais de forma harmônica.

Em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verificou-se à luz da doutrina e da jurisprudência que, tratando-se de violação aos dados telefônicos, excetuando-se a agenda telefônica e os registros de contatos, que digam respeito à privacidade, intimidade e ao sigilo da pessoa, prevalece o entendimento de que são ilícitos os dados em celulares encontrados no local do

crime se ausentes de prévia autorização judicial.

No entanto, não descarta-se a possibilidade de violação integral de todos os dados constantes no aparelho telefônico, ainda que ausente de prévia autorização judicial, em situações que justifiquem a urgência e o caráter excepcional da medida, e que a demora na obtenção do mandado judicial pudesse incorrer em prejuízo concreto a investigação ou até mesmo a própria vítima de um determinado crime, observando por óbvio de forma conjunta, a proporcionalidade do direito a segurança pública e o direito a intimidade da pessoa.

Observa-se ainda que há existência de meios legalmente previstos como por exemplo a busca e apreensão pessoal, a legítima defesa e o estado de necessidade, que independem de existência de mandado judicial, bem como tornam a prática de uma conduta ilícita para lícita caso caracterizadas ou mediante as disposições de cada caso concreto. Nesse contexto, a violação de um aparelho telefônico encontrado no local do crime pela autoridade policial, evidenciando-se a proteção da vítima ou de terceiros ou lastreada na fundada suspeita presente no procedimento de busca e apreensão pessoal afasta a ilicitude da conduta e da prova produzida mediante tal acesso ao aparelho telefônico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Processo penal: parte geral*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, fls. 493.

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2020, fls. 1.510.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. Fls. 1.456.

BERWIG, Aldemir. *Direito Administrativo*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2019. Fls. 456. (Coleção direito, política e Cidadania, 42).

BONDE, Tais Marcela. *Quebra de sigilo: a (des)necessidade de autorização judicial para acessar o conteúdo de aparelho celular apreendido* (2018). Disponível em: <<http://192.100.247.84/bitstream/prefix/822/1/TCC-%20Tais%20Marcela%20Bonde%20-%20considera%c3%a7%c3%b5es%20-%20Revisado%20prof.%20Evandro%20123.pdf>>. Acesso em: 04 de Abr. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 22 de fev. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário*. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 11 de out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.296 (Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal) de 24 de julho de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 14 de mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.830 (dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia); de 20 de junho de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso

em: 04 de abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.965 (Marco Civil da Internet) de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 14 de mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. AgRg no Ag em REsp nº 1.573.424-SP*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1979546&tipo=0&nreg=201902610292&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200915&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 12 de out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Agravo regimental no recurso especial. AgRg no REsp nº 1.760.815-PR*. Brasília, 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802111260&dt_publicacao=13/11/2018>. Acesso em: 12 de out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp nº 1.853.702-RS*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903748407&dt_publicacao=30/06/2020>. Acesso em: 12 de out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Habeas Corpus. HC nº 372.762-MG*. Brasília, 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602540301&dt_publicacao=16/10/2017>. Acesso em: 12 de out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Recurso Especial. RE nº 1782386-RJ*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803152161&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 12 de out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Recurso Especial. RE nº 1924573-SP*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=123378556&num_registro=202100570243&data=20210526>. Acesso em: 11 de out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus. ROHC nº 51.531-RO*. Brasília, 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=20140232>

3677&dt_publicacao=09/05/2016>. Acesso em: 14 de mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 2.407-8-SC*. Brasília, 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469606>>. Acesso em: 12 de out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus. HC nº 168.052-SP*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754545381>>. Acesso em: 17 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus. HC nº 74678-1-SP*. Brasília, 1997. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75414>>. Acesso em: 11 de out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus. HC nº 91.867-PA*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>>. Acesso em: 18 de Mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário com Agravo. ARE nº 1.042.075-RJ*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Migalhas. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/11/40d23b1087fc0f_4768547.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário com Agravo. ARE nº 1.042.075-RJ*. Voto do Relator Ministro Dias Toffoli. Migalhas. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/11/ebc972578533af_4477905.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário. RE 418.416-8-SC*. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395790>>. Acesso em: 10 de out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus. ROHC nº 132.115-PR*. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748467158>>.

Acesso em: 12 de out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG); *Apelação Criminal; APR 0040426-18.2013.8.13.0210/MG*. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340474163/apelacao-criminal-apr-10210130040426001-mg/inteiro-teor-340474292>>. Acesso em: 04 de abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, fls. 904.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Fls. 1.364.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021, Fls. 1.083.

CHEKER, Monique. *Acesso pela polícia a conteúdo de celular sem autorização judicial* (2020). Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acesso-pela-policia-a-conteudo-de-celular-sem-autorizacao-judicial-18072020>>. Acesso em: 11 de out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Fls. 1.112.

FOUREAUX, Rodrigo. *O acesso ao celular de presos e de abordados pela polícia* (2019). Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/04/0170b615-o-acesso-ao-celular-de-presos-e-de-abordados-pela-policia.pdf>>. Acesso em: 12 de out. 2021.

GLINA, Nathan. *Segurança pública: direito, dever e responsabilidade*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. Fls. 367

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. Único. 2. ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2014. Fls. 1.760.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, fls. 994.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal: à luz da*

doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2013. Fls. 1.772.

MOURA, Flávia. *Enunciados orientam Delegados de Polícia na atuação diária de suas funções* (2016). Disponível em: <Enunciados orientam Delegados de Polícia na atuação diária de suas funções (adepolam.org.br)>. Acesso em: 04 de abr. 2021.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, fls. 989.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, fls. 1.402.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, fls. 1.432.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Fls. 712.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito processual penal esquematizado*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Fls. 768.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Processo penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção sinopses jurídicas; v. 14). Fls. 264.

SOUSA, Thais Carolina da Silva. *Uma abordagem da segurança pública à luz da constituição e seus reflexos no controle social* (2020). Disponível em: <[http://45.4.96.19/bitstream/ae/16852/1/Monografia%20-%20THA%
c3%8dS%20CAROLINA.pdf](http://45.4.96.19/bitstream/ae/16852/1/Monografia%20-%20THA%c3%8dS%20CAROLINA.pdf)>. Acesso em: 15 de out. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. V.1.

VASCONCELOS, Clever. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, fls. 936.