

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI**

CARLA FERREIRA DOS SANTOS

**ACESSO ÀS INFORMAÇÕES DE CONVERSAS EM APARELHO ELETRÔNICO
DO DETIDO EM RAZÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

TEÓFILO OTONI

2018

CARLA FERREIRA DOS SANTOS
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

**ACESSO ÀS INFORMAÇÕES DE CONVERSAS EM APARELHO ELETRÔNICO
DO DETIDO EM RAZÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni,
sendo requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

**Áreas de Concentração: Direito
Constitucional, Direito Penal e Direito
Processual Penal.**

**Orientador: Professor. Gylliard Matos
Fantecelle.**

TEÓFILO OTONI

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado

**ACESSO ÀS INFORMAÇÕES DE CONVERSAS EM APARELHO ELETRÔNICO
DO DETIDO EM RAZÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

elaborado pela aluna Carla Ferreira dos Santos foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Teófilo Otoni, nas Minas Gerais, 9 de julho de 2018.



Professor MSc. Gylliard Matos Fantecelle (Orientador)



Professor Esp. Juvenal Martins de Souza Júnior



Professor Esp. Maicon Roque da Hora

AGRADECIMENTOS

Finalizada a pesquisa, cumpre-me fazer os devidos agradecimentos.

Primeiramente a Deus todo Soberano por ser essencial em minha vida

Aos meus pais Neli e Carlos, por todo carinho e apoio.

Ao meu irmão e toda a família e amigos por estarem ao meu lado a todo o momento com incentivo e companheirismo.

Aos professores que contribuíram de forma direta e indireta para que eu chegasse até essa etapa de minha vida, em especial ao meu orientador Professor Gylliard Fantecelle, por toda atenção e dedicação.

É preferível prevenir os delitos do que precisar puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência. (BECCARIA, 1983, p. 92).

RESUMO

A presente pesquisa proporciona um estudo a respeito da polêmica possibilidade de acesso às informações de conversas em aparelho eletrônico do detido em razão da prisão em flagrante. Trata-se de uma recente controvérsia que autoridades e operadores do Direito de todas as áreas vêm enfrentando, que envolve a violação de intimidade e direitos fundamentais do indivíduo. Analisa a admissibilidade de utilização de provas lícitas obtidas por meios ilícitos quando da devassa de informações constantes em aparelho do detido sem autorização judicial, com base na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 e com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Conceitua-se aqui, a prisão em flagrante delito, as espécies de comunicação, o sigilo das comunicações, as hipóteses legais de interceptação, as diligências legais das autoridades policiais, posição dos tribunais e princípios norteadores do direito penal brasileiro. O tema proposto apresenta discursões no âmbito jurídico, bem como nos tribunais, e utilizou os parâmetros legais como base.

Palavras-chave: Prisão em flagrante. Prova. Interceptação. Constituição. Direito Penal.

ABSTRACT

The present research provides a study about the controversial possibility of access to the information of conversations in electronic device of the detainee by reason of the red flagrant arrest. This is a recent controversy that law enforcement authorities and operators in all areas are facing, which involves the violation of privacy and fundamental rights of the individual. It analyzes the admissibility of the use of legal evidence obtained by illicit means when the information contained in the detainee's apparatus is without legal authorization, based on Law No. 9,296 of July 24, 1996 and with the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. It is conceptualized here, in the case of flagrante delicto, the types of communication, the secrecy of communications, the legal hypotheses of interception, the legal procedures of the police authorities, the position of the courts and guiding principles of Brazilian criminal law. The proposed theme presents discursions in the legal scope, as well as in the courts, and used the legal parameters as basis.

Keywords: Arrest in flagrante. Proof. Interception. Constitution. Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS JURÍDICOS DAS COMUNICAÇÕES.....	10
2.1 As espécies de comunicação e Lei de Interceptação Telefônica	10
2.2 Conceito de comunicações telemáticas.....	11
2.3 Do sigilo das comunicações como garantia constitucional.....	12
2.4 Hipóteses legais de interceptação à luz do Direito Brasileiro.....	13
3 VIOLAÇÃO DAS CONVERSAS EM CELULAR APREENDIDO	15
3.1 Mensagens em celular apreendido enquanto comunicação telemática	15
3.2 Necessidade de autorização judicial para devassa do conteúdo durante a prisão em flagrante	16
3.3 Posição do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus nº 51.531/RO	18
3.4 Não aplicação do artigo 6º, inc. I, II e VII, do Código de Processo Penal	20
3.5 Princípio da reserva legal e a produção de provas no Processo Penal	21
4 CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO DAS MENSAGENS.....	23
4.1 Crime do artigo 10º da Lei de Interceptação Telefônica	23
4.2 Invalidez das transcrições da conversa e o artigo 157º do Código de Processo Penal.....	24
4.3 O fruto da árvore envenenada e as demais provas descobertas.....	27
4.4 Análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal	28
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS.....	33

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade liberal e democrática em que prevalece o respeito da liberdade dos cidadãos e também o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, notável é o aumento considerável do número de pessoas adeptas ao uso de aparelhos eletrônicos com acesso a internet que permitem o uso em diversas tarefas, sejam elas, a fim de trabalho, estudo, religião, entretenimento, etc. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o acesso a aplicativos que permitem a troca de mensagens instantâneas também sofreu aumento exorbitante, pelo fato de possuir agilidade, baixo custo e pela confiabilidade na entrega da mensagem ao destinatário, fazendo com que as ligações telefônicas fossem substituídas por comunicações através de aplicativos.

Pensando nisso, torna-se importante o estudo do tema, de modo que existem pessoas que utilizam desse meio de comunicação para a prática de condutas delituosas, o que é bastante comum no dia a dia e trouxe consigo questionamentos na seara criminal, para Operadores do Direito, delegados de polícia e tribunais judiciários, quanto ao fato do detido possuir em seu aparelho eletrônico provas que o incrimine, gerando a incógnita se este aparelho eletrônico do detido em razão da prisão em flagrante poderá ser averiguado logo de imediato no intuito de produzir provas.

É fato que, nem sempre quem é surpreendido em estado de flagrância tem real envolvimento direto com o fato delituoso ou se, mesmo sendo responsável este indivíduo possui direitos que protegem sua intimidade, sua vida privada, sua honra e sua imagem.

O trabalho divide-se em três capítulos, sendo o primeiro capítulo focado no estudo de aspectos jurídicos das comunicações, o segundo capítulo é voltado na violação das conversas em celular apreendido sem a autorização judicial e o terceiro e último capítulo versa sobre as consequências da violação das mensagens.

O desenvolvimento deste trabalho tem como principal referencial os julgados dos tribunais e leis, a fim de evidenciar a problemática do tema e sua importância para a construção do direito contemporâneo.

Esse trabalho tem como objetivo analisar através de pesquisa bibliográfica de modo a empregar a doutrina, recursos de *Habeas Corpus*, legislação constitucional e infraconstitucional, *sites* e artigos correlatos a cerca da possibilidade do acesso ao

conteúdo de conversas em aparelho eletrônico apreendido durante flagrante pela polícia na falta de autorização judicial, se essa atitude poderia ferir direito constitucional e também buscar o conhecimento se este conteúdo poderá ser usado como prova admitida em âmbito jurídico.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DAS COMUNICAÇÕES

Para discutir a interceptação da comunicação no primeiro tópico deste capítulo, trataremos os aspectos jurídicos e constitucionais do sigilo, estabelecendo as causas excepcionais que permitem tal medida, bem como conceito e espécies.

2.1 As espécies de comunicação e Lei de Interceptação Telefônica

A comunicação é um meio de trocar informações, isto é, transmitir uma mensagem através de gestos, sons, pistas, uma linguagem natural, etc.; é transportada para o destinatário através de um canal de comunicação onde circula a mensagem, como por exemplo, carta, telefone, comunicação pela televisão, etc.

A comunicação pesquisada é aquela feita através de aparelho eletrônico, como o chamado *smartphone* que são modernos celulares com tecnologias avançadas que possibilitam o acesso aos aplicativos de comunicação instantânea, que são ferramentas que torna possível a troca mensagem de texto, vídeos, fotos, áudios e documentos em PDF, além de fazer ligações por meio de uma conexão com a internet.

No direito brasileiro, a proteção quanto à intimidade da vida privada precisa ser modificada para acompanhar o desenvolvimento tecnológico e o combate a crescente criminalidade, pois a lei precisa acompanhar a evolução social, a fim de evitar tensão de princípios e preencher lacunas que vão surgindo no decorrer do tempo.

Existe uma tipificação que regulamenta em especial a interceptação de comunicação telefônica, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, sendo necessária a autorização judicial, entretanto, não existe lei que trate com clareza a possibilidade de acesso a conversas de aparelho eletrônico, principalmente na prisão em flagrante, pois a proteção é quanto à comunicação de dados e não de dados propriamente dito.

A interceptação é conceituada em seu sentido estrito quando há interferência de terceiros em diálogo, gravado ou não, sem que os interlocutores saibam de tal interferência, exigindo autorização judicial prévia.

Na gravação não há terceiros, é uma das partes que grava a comunicação, independe de autorização judicial e pode ser utilizada em tribunais, salvo exceções como, por exemplo, quebra de relação de confiança, segredo profissional e cláusula de confidencialidade.

Já na escuta existe um terceiro interceptando a comunicação com a ciência de um dos interlocutores, dispondo jurisprudencial e doutrinamente de forma majoritária sua abrangência na lei mencionada, exigindo autorização prévia do juízo.

Com o grande acesso a esses meios, por consequência é ampla a possibilidade de exposição da intimidade do indivíduo, entretanto é resguardada por garantia constitucional expressa no artigo 5º inciso X da Constituição Federal de 1988, a sua intimidade no que tange a vida privada, assim como a honra e a imagem. Essa proteção é de extrema importância para a personalidade humana, pois o indivíduo possui um conjunto de informações que ele pode decidir manter para si próprio ou comunicar a alguém.

2.2 Conceito de comunicações telemáticas

O artigo primeiro da Lei 9.296/96, mais conhecida como Lei de Interceptação Telefônica, menciona em seu corpo a expressão “telemática”, explicando em breves palavras, trata-se de uma das características marcantes desse novo cenário de constantes evoluções tecnológicas, é uma combinação de técnicas e serviços de comunicação que associam meios informáticos aos sistemas, permitindo a comunicação através de texto, imagem e som.

Conclui-se que a lei versa sobre as comunicações por correspondência, telegráficas e telefônicas, e também passou a tratar sobre a proteção da comunicação telemática, isto é, o transporte da informação e a comunicação de dados processados em aparelhos eletrônicos.

O Tribunal de Justiça do estado de São Paulo já recepcionou e julgou casos a respeito da violação da comunicação telemática e manteve a tutela que a lei garante, veja-se:

rede social da vítima para se resguardar de eventuais condutas criminosas por parte dela – Inexigibilidade de conduta diversa configurada – Sentença absolutória mantida – Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 30009265920138260038 SP 3000926-59.2013.8.26.0038, Relator: Camilo Léllis, Data de Julgamento: 08/11/2016, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/11/2016). (BRASIL, 2016).

2.3 Do sigilo das comunicações como garantia constitucional

Grande parte da população brasileira faz uso, de alguma forma, dos serviços de comunicações, seja frequente ou não, todos estão interligados através de rede, sistema e pagamento destinado à concessionária contratada por fornecer a concessão do serviço.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já tutelava expressamente a proteção do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e telefônicas, acolheu a proteção das comunicações de dados e acolheu textualmente sua relatividade, tendo permitido a violação do segredo de comunicações telefônicas nas hipóteses estabelecidas e na forma de legislação infraconstitucional específica.

O reconhecimento dos direitos fundamentais é uma questão recente em declarações explícitas. São prerrogativas que os indivíduos têm perante o Estado Constitucional, onde o exercício de poderes soberanos não pode ignorar um limite de atividades, além do qual a esfera legal do cidadão é invadida. Os direitos e garantias são normas constitucionais que estabelecem, declaram e garantem direitos essenciais para o exercício da democracia; a garantia está relacionada com a exigência que o cidadão comum faz às autoridades para que possam ver seus direitos garantidos.

No que tange a esfera das comunicações, cada cidadão, ao manter suas relações sociais utilizando-se de instrumentos de comunicação, tem o direito de ter suas informações mantidas no mais absoluto sigilo.

No mesmo sentido, Brasil é signatário a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e nela no artigo 12º estabelece que, “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, ao seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques á sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito á proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Se o sigilo das comunicações é garantido constitucionalmente, e a lei excepcional garante o segredo de justiça da publicação dessas interceptações das gravações, tem-se que um ato ilícito foi praticado.

2.4 Hipóteses legais de interceptação à luz do Direito Brasileiro

São necessários alguns requisitos para que se proceda à interceptação telefônica, no intuito de utilizá-la no processo penal. De acordo com a lição de NERY JÚNIOR (2009, p. 277), os requisitos mínimos para a utilização da interceptação de comunicações telefônicas são:

a) Que haja sinais consideráveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I); b) que o juiz seja competente em razão da matéria ou da hierarquia (art. 1º); c) que, se feito por escrito, o pedido seja deduzido mediante petição fundamentada, da qual deve constar, com clareza, a descrição da situação objeto da investigação criminal, a qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (art. 2º § único), bem como os meios a serem empregados na escuta (art. 4º, caput). O juiz pode admitir, em situações excepcionais, que o pedido seja deduzido verbalmente (art. 4, § 1º).

A interceptação de comunicações consiste, com base em classificações doutrinárias, em um meio de investigação, que visa coletar possíveis evidências de práticas criminosas, é decretada por juiz competente quando for mais adequada e útil. Veja o que diz Luiz Francisco Torquato Avolio em sua obra:

(...) o fato de a operação telefônica ter sido efetuada por uma pessoa estranha à conversa, e que esse terceiro estivesse investido do intuito de tomar conhecimento de circunstâncias, que, de outra forma, lhe permaneceriam desconhecidas. (AVOLIO, 2010, p. 35).

As comunicações em regra são invioláveis, por garantia constitucional, porém existem casos excepcionais e por meio de ordem judicial que poderá ser realizada a interceptação para fins específicos. Veja-se o que diz o corpo do artigo 5º inciso XII da Constituição da República de 1988:

Art. 5º:

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. (BRASIL, 1988).

Nos casos descritos no artigo, a proporcionalidade e razoabilidade de cada caso individual devem ser analisadas, pois é à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, o princípio do estado de inocência, o respeito à intimidade e privacidade e do devido processo legal, é feito um juízo dos casos em que a interceptação telefônica é desejada, para que o Estado Democrático de Direito não seja reprimido. A realização do meio de prova em questão, a fim de compreender como as interceptações devem ser realizadas, deverá obedecer aos princípios constitucionais, sem perder de vista a eficácia e efetividade do processo penal.

Com o advento da Lei de Interceptação Telefônica, tornou-se possível à interceptação desde que realizada dentro dos parâmetros da lei, o artigo 2º traz as hipóteses em que não poderá ser admitida a interceptação, portanto, se houver a presença de um deles a interceptação será ilícita. Vejamos:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. (BRASIL, 1996).

Portanto deverá possuir requisitos para a prova seja produzida, são eles: quando houver indícios razoáveis da autoria e participação da infração penal, pois é proibida a interceptação por prospecção; nos casos em que a prova não puder ser produzida por outros modos, e se o fato investigado for punido com pena de reclusão.

3 VIOLAÇÃO DAS CONVERSAS EM CELULAR APREENDIDO

Este capítulo visa tratar sobre a problemática do tema, fazendo considerações sobre a real necessidade de ordem judicial para ser feita a verificação de informações em aparelho eletrônico, as diligências a serem tomadas pela autoridade policial após adquirir o conhecimento da prática de infração e analisar caso semelhante ocorrido.

3.1 Mensagens em celular apreendido enquanto comunicação telemática

O direito ao segredo de correspondência postal, telegráfica, telemática, etc.; foi restringido para que fosse possível assegurar que os direitos fundamentais fossem cumpridos conforme garantia constitucional.

Conforme já tratado no tópico de hipóteses legais de interceptação, existem casos que a Constituição Federal de 1988 autorizou de forma expressa que fosse possível violar as comunicações por correspondência, telegráficas e telefônicas, e logo mais, a Lei de Interceptação Telefônica estende as comunicações á telemáticas e informáticas, ou seja, o legislador excedeu o constante na norma constitucional através de uma lei específica.

Fato é que houve mudanças tecnológicas desde a publicação da Constituição Federal de 1988, cujas mudanças não encontram precedentes, exemplo disso, é a popularização dos *smartphones* e *tablets* com tecnologias conectadas a internet e o uso massificado dos computadores pessoais. Todo esse avanço fez com que os diferentes tipos de comunicação se unificassem, formando uma junção de tecnologias que não sofreram distinções pelo constituinte da Carta Magna.

Os recentes aparelhos eletrônicos disponibilizam funções avançadas em relação aos aparelhos de um tempo atrás, como por exemplo, a troca de informações, dados, arquivos, etc.; que funcionam conectados às redes digitais móveis. Conforme já mencionado em tópico anterior, esse tipo de comunicação trata-se da telemática.

Destarte, não há o que questionar quanto à necessidade de ordem do juiz competente para que seja feita a interceptação em aparelho eletrônico, para fins de

prova em investigação criminal, afinal de contas, a natureza da comunicação desses aparelhos é telemática, natureza essa resguardada em lei específica.

3.2 Necessidade de autorização judicial para a devassa do conteúdo durante a prisão em flagrante

A prisão em flagrante vai muito além de uma voz de prisão, seu objetivo é garantir que seja feita a colheita de provas, evitar a consumação do delito e a fuga do suposto suspeito. O artigo 302 do Código de Processo Penal de 1941 traz as situações em que a prisão em flagrante seja possível. Veja-se a redação do artigo mencionado:

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. (BRASIL, 1941).

Trata-se de uma medida cautelar de autodefesa social, que faz necessário o visual do crime, isto é, notório e evidente no momento em que está sendo cometida a infração penal, tentada ou consumada, ou após a ação criminosa o indivíduo é perseguido e capturado em situação que faça presumir sua culpa ou ainda sim, com materiais que possam comprovar autoria.

Capez (2012, pp. 314/315) define a prisão em flagrante como sendo:

[...] medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.

Vale ressaltar que por garantia constitucional do artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988, é a única prisão no ordenamento jurídico pátrio que independe de expedição de mandado de prisão pela autoridade policial, e que essa prisão pode ser feita por qualquer pessoa, integrante ou não da força policial.

Feita as considerações relativas à prisão em flagrante, pode-se notar a controvérsia sobre a necessidade ou não de autorização judicial para devassa de dados no ato da prisão em flagrante.

O tema é recente, não possui legislação própria, trouxe consigo questionamentos e posicionamentos controversos e esta propenso a surgir diversos outros casos. Sendo assim, veja-se mais uma vez os dispositivos legais que tratam do assunto de forma parcial e similar.

A Lei 12.965 de 23 de abril de 2014 regula o uso da internet no Brasil, ela garante a proteção da privacidade e dados, prevê a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações, sendo possível o acesso somente por meio de ordem judicial para fins de investigação criminal. No rol de direitos e garantias dos usuários, no artigo 7º, inciso I, II e III, da respectiva lei, está expresso que:

Art.7 O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. (BRASIL, 2014).

A lei mencionada determina que os usuários de internet possuam a inviolabilidade da intimidade assegurada e sigilo de comunicação, cabendo até indenização caso seja violada, sendo possível somente através de ordem judicial.

A Lei 9.472 de 16 de julho de 1997 regula serviços de utilidade pública, tutela a comunicação à longa distância, que é a transmissão de uma mensagem de um ponto para outro, exemplo seria a telefonia, o rádio, a televisão e transmissão de dados através de computadores. No rol dos princípios fundamentais, assegura que: *“Art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: (...); V - a inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas; (...).”*

Versa ainda a Lei de Interceptação Telefônica, em seu artigo 1º e 5º, que a interceptação de qualquer natureza depende de prévia autorização judicial e que esta seja fundamentada sob pena de nulidade, seguindo requisitos.

Perante as exposições das leis até então, nota-se que, em regra, a devassa de dados em aparelho eletrônico do detido, só será ilícita se não houver a autorização judicial no momento da prisão.

O acesso ao conteúdo de mensagens em aparelho eletrônico para fins de prova em investigação criminal ou processo penal depende de autorização judicial, pois o conteúdo é de caráter íntimo e privado, protegido constitucionalmente, entretanto, existem posicionamentos e julgados contrários, inclusive em cortes superiores, tópico que logo mais será tratado.

3.3 Posição do Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus nº 51.531/RO*

Observando um caso concreto julgado e publicado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça no *site* jurídico (JUSBRASIL, 2016), ocorrido no Estado de Rondônia no ano de 2014, em que um indivíduo foi preso em flagrante por tráfico de drogas e teve no momento da prisão seu aparelho celular acessado pelos policiais, sendo visualizado conversas no aplicativo *WhatsApp* e arquivos pessoais a fim de produzir provas contra o detido e serem usadas em juízo.

Pelo fato de os policiais terem acessado o aparelho eletrônico no momento da prisão, estes não fizeram o uso de autorização judicial, sendo assim, o preso recorreu alegando que o acesso ao conteúdo contrariava seu direito de intimidade e privacidade, sendo ilícita a prova produzida, e que seria preciso uma autorização judicial para que fosse feito o acesso ao aparelho.

O processo tramitou no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, e o referido Tribunal afirmou que não se aplica a inviolabilidade resguardada constitucionalmente no rol de Direitos e Garantias Fundamentais a prisão em flagrante.

Sendo assim, o paciente impetrou o *Habeas Corpus 51.531/RO* ao Superior Tribunal de Justiça, o julgamento feito pela 6ª turma deste tribunal entendeu que a polícia precisa de uma autorização judicial para ser considerado como prova em processo no momento que acessar as informações do aparelho eletrônico do detido, mesmo que seja decorrente de prisão em flagrante. Por esse motivo, uma justificativa prévia razoável seria necessária para que o acesso fosse possível.

O ministro relator Néfi Cordeiro (BRASIL, 2016), afirmou em votação que a conversação do *Whatsapp* é uma forma escrita e imediata entre pessoas e, se acessada sem autorização judicial, representa uma interceptação não autorizada de comunicações. Deste modo, ilegal é a devassa de dados e conversas do *Whatsapp* obtidos a partir do telefone celular apreendido, uma vez que é realizado sem uma ordem judicial.

A ministra Maria Tereza (BRASIL, 2016), ressalva que não se pode concluir antecipadamente, que sempre será necessária a autorização judicial, sendo aceitável o acesso da polícia as conversas de *WhatsApp* durante o flagrante excepcionalmente, mas que isso não seria uma regra absoluta. Saliou ainda a existência de um conflito parcial entre direito e a segurança pública (artigo 144 da Constituição Federal de 1988), e o direito à intimidade - não se refere aos dados armazenados em telefones celulares, o que exige, portanto, um processo de ponderação, que leva em conta os interesses em jogo.

A decisão foi proferida nos autos de *RHC n. 51.531-RO*, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, com a seguinte ementa:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (STJ - RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016). (BRASIL, 2016).

A decisão proferida vai contra inúmeros comportamentos e abusos cometidos utilizando a violação indevida de comunicações, é o cumprimento dos direitos fundamentais à intimidade e privacidade.

A presente realidade fez surgir à necessidade de proteção dos direitos contra a intromissão alheia, aumentando a problemática de violação da intimidade e informações do indivíduo.

3.4 Não aplicação do artigo 6º, inc. I, II e VII, do Código de Processo Penal

Fato é que uma vez que o crime tenha sido cometido, o Estado tem o poder de punir, entretanto, para que a punição seja imposta de maneira legítima, o Estado deve cruzar um longo caminho, onde todas as normas legais e constitucionais devem ser observadas.

Nos termos do artigo 6º, incisos I, II e VII do Código de Processo Penal de 1941, assim que tomar conhecimento da prática de um crime o Delegado de Polícia deverá realizar diversas diligências no sentido de identificar a sua autoria e resguardar o conjunto probatório, colhendo, por exemplo, as provas que tiverem relação com o fato. Veja-se:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
(...)
VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; (BRASIL, 1941).

Neste contexto, pode-se dizer que a busca e apreensão é um meio de obter evidências ou, um procedimento de investigação que busca obter prova para que seja posteriormente utilizada no processo, portanto, é imprescindível que a coleta de provas seja realizada de maneira admitida, sem violar nenhum dispositivo legal.

Vale ressaltar que esse tópico versa sobre o dispositivo extraído do Código de Processo Penal, publicado no ano de 1941, onde o artigo 6º apresenta alguns desconexos com a norma fundamental do topo da hierarquia, que é a Constituição Federal promulgada posteriormente no ano de 1988, e também apresenta controvérsias com a Lei de Interceptação Telefônica oriunda do ano 1996.

O Código de Processo Penal foi criado na época ditatorial, onde existiam severas restrições de liberdade e o cometimento de graves violações de direitos e garantias dos cidadãos.

É inquestionável que, conforme já mencionado, a lei precisa preencher as lacunas que vão surgindo com o passar dos anos, com os avanços e novas

tecnologias desenvolvidas, mas devendo também estar em conformidade com a norma soberana.

Sendo assim, pode-se dizer que tais incisos do artigo 6º merecem revogação, pelo fato de gerar questionamentos quanto à possibilidade ou não da autoridade policial acessar dispositivo eletrônico no momento da prisão em flagrante sem a devida autorização judicial, isto é, seguindo as diligências e preceitos estabelecidos no artigo, pois a Constituição Federal de 1988 não recepcionou tal violação, ela veio de forma a garantir o sigilo das comunicações exigindo autorização judicial para que haja a interceptação seguida na forma da lei.

Outro motivo do enquadramento da não aplicabilidade do artigo 6º é o fato de existir uma lei específica, a Lei de Interceptação Telefônica de 1996 versa sobre a proteção da comunicação telemática constante nos recentes aparelhos eletrônicos, portanto garante que seja feito o acesso somente mediante autorização judicial fundamentada.

Não se pode engessar a norma, pois a mesma passa por evoluções de acordo com a sociedade, portanto, não pode haver uma decisão petrificada para todos os casos que possam vir a existir, seria um ato ingênuo para um assunto de extrema complexidade.

Destarte, conclui-se que, na ocorrência de prisão em flagrante, mesmo que esta dispense ordem judicial para que seja feita a apreensão de aparelho eletrônico, as mensagens e arquivos armazenados no aparelho são protegidos pelo sigilo telefônico, quais seja a transmissão ou recepção desses arquivos por meio de sistemas de informática e telemática.

3.5 Princípio da reserva legal e a produção de provas no Processo Penal

Anteposto, ao adentrar no tema abordado neste tópico, faz-se mister tratar sobre a existência dos princípios no ordenamento, que semelhante a outras ciências jurídicas, o direito penal baseia-se em certos princípios constitucionais ou não. Os princípios criminais formam o centro fundamental do direito penal, que serve de base para a construção da definição de crime, estabelecendo limites ao poder de punição do Estado e auxiliando a interpretação e aplicação da lei penal.

Em se tratando do princípio da reserva legal, este é de grande importância para o Direito, servindo de certa forma como uma restrição ao poder do Estado, garantindo os direitos dos indivíduos, portanto o princípio da reserva legal vale-se em um contexto amplo no sistema legal, trata-se de um instrumento normativo de controle do poder punitivo para o Estado.

Trazendo para o contexto da prisão em flagrante, significa que mesmo que os policiais encontrem provas incriminadoras contra o detido no momento do acesso ao aparelho eletrônico, estas não poderão ser aproveitadas em juízo, diante da nulidade absoluta, ou seja, ação realizada de forma indevida.

Isso por que a autoridade policial poderá executar apenas o que for previsto em lei, e a atitude de verificar o aparelho eletrônico sem a devida autorização judicial não esta resguardada pela Constituição Federal de 1988 e nem pela própria Lei de Interceptação Telefônica de 1996, aos quais aplicam proteção legal a devassa.

Sendo assim, não estão os agentes de segurança pública autorizados a fazer a verificação ao aparelho do detido e nem a autoridade policial está autorizada a remeter o aparelho diretamente aos peritos criminais, para que seja feita a devassa é indispensável que haja uma decisão judicial autorizando tais diligências.

A busca de informações não é de caráter imediato, não apresenta urgência que seja motivo de não apresentação perante a autoridade judicial e nem risco aos policiais que efetuam a prisão em flagrante, devendo assim seguir os preceitos estabelecidos em lei.

4 CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO DAS MENSAGENS

O último capítulo desse trabalho visa tratar sobre as consequências da violação das normas que protegem a privacidade e a intimidade da comunicação e do indivíduo, observando inclusive a aplicabilidade de teorias que tratam sobre o tema e percorrer uma análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

4.1 Crime do artigo 10º da Lei de Interceptação Telefônica

Da mesma forma que existe legislações que descrevem os fatos que configuram crime de violação de comunicações, lhe é concedida também a de regular os casos em que se admite tal ação. Por esse fato o artigo 10º da Lei de Interceptação Telefônica de 1996 vem de forma expressa descrever o tipo legal, contendo elementos que restringem a incriminação. Veja-se o que diz o referido artigo:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa. (BRASIL, 1996).

Nota-se ser um artigo importante na lei, foi o artigo 10 que trouxe um novo tipo penal no ordenamento jurídico pátrio, seu objetivo é proteger a liberdade da comunicação.

A primeira parte da tipificação trata-se um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo nenhuma qualidade especial, no momento que diz interceptar comunicação telefônica, de informática ou telemática sem prévia autorização constitui crime.

O segundo crime previsto é próprio, no momento que prevê como crime quebrar segredo de justiça sem autorização, ou seja, revelar o conteúdo do procedimento, deixando notáveis as condições para cometê-lo, tendo alcance de

cometê-lo apenas os agentes que tenham conhecimento das informações, ou seja, juiz, promotor, delegado de polícia, peritos, advogados, etc.

Não há o que discutir em relação à autorização judicial, é notório e evidente que toda interceptação depende de autorização e aquele que pratica a conduta de interceptar comunicação ou quebrar o segredo de justiça, sem que esteja autorizado será penalizado.

Veja-se a jurisprudência abaixo que mostra a aplicabilidade do artigo em um caso concreto:

ESTELIONATO TENTADO (ART. 171, CAPUT, C/C ART. 14, II, CP). FURTO QUALIFICADO (ART. 155, §§ 3º E 4º, IV, CP). INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEMÁTICAS (ART. 10 DA LEI 9296/96). FORMAÇÃO DE QUADRILHA.(ART. 288, CP) USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304, CP). INEXISTÊNCIA DE CONCURSO MATERIAL ENTRE ESTELIONATO TENTADO, FURTO QUALIFICADO, E INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEMÁTICAS. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. CRIME ÚNICO. PENA-BASE FIXADA COM FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. Inexiste concurso material entre os crimes de estelionato tentado, furto qualificado e interceptação de comunicação telemática: trata-se de ação única, embora realizada através de atos diversos, não se constituindo condutas típicas autônomas, configurado, apenas, um só tipo penal - o crime de estelionato tentado. A atividade e a vontade criminosas convergem para a violação de um só tipo, não se produzindo resultados típicos diversos, violentando-se um só bem jurídico. "Acción humana es ejercicio de actividad final" (Welzel), resolvendo-se a questão através da teoria da ação e do concurso aparente de normas. A denúncia não descreve a conduta do artigo 304 do C.P., devendo ser absolvido o réu. Penas-bases fixadas com inadequadas fundamentações. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. Recursos defensivos parcialmente providos. (TJ-RJ - APL: 00115320720058190061 RIO DE JANEIRO TERESOPOLIS VARA CRIMINAL, Relator: SERGIO DE SOUZA VERANI, Data de Julgamento: 04/12/2014, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 13/01/2015). (BRASIL, 2015).

4.2 Invalidez das transcrições da conversa e o artigo 157º do Código de Processo Penal

A transcrição é a transposição do texto falado no texto escrito, ou seja, é feita após a interceptação da comunicação com o intuito de deixar o texto levemente adaptado sem perder sua originalidade para que seja utilizado como prova em juízo, a fim de transmitir a informação e seu contexto. Veja-se a jurisprudência de um caso em houve a inviabilidade da transcrição pelo fato de não ter sido feita de forma original, ou seja, alterando o contexto:

EMENTA HABEAS CORPUS - QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO - DEGRAVAÇÃO DAS CONVERSAS GRAVADAS TRANSCRIÇÃO INTEGRAL. I - As conversas telefônicas interceptadas mediante a quebra do sigilo telefônico e mencionadas na denúncia, devem constar do processo na integralidade e não apenas mediante simples referência, uma vez que, no momento próprio, a autoridade judiciária deverá fazer a análise do conteúdo das conversas, tomando conhecimento do que foi falado, e não daquilo que está sendo resumido por terceiro, ainda que o terceiro seja a autoridade policial; II - Desnecessária a degravação de todas as conversas interceptadas, mas tão somente daquelas que serviram de base para a deflagração da ação penal e foram mencionadas na denúncia, fazendo parte do conjunto probatório; III - Ordem denegada. Habeas Corpus concedido de ofício. (TRF-2 - HC: 5899 RJ 2008.02.01.011406-9, Relator: Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, Data de Julgamento: 04/11/2008, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data: 25/11/2008 - Página:60). (BRASIL, 2008).

É sensato dizer que o conflito acompanha as relações humanas, portanto ao longo da história, a fim propor soluções justas houve a ocorrência de produção de provas acompanhada de regras tipificadas que visam uniformizar condutas em busca de evidência sobre uma determinada conduta.

Feitas tais colocações, adentraremos no sentido de essa prova ser invalidada no processo, fato este previsto no artigo 157 do Código de Processo Penal de 1941 que protege a inviolabilidade de normas constitucionais estabelecidas. Afirma que são inadmissíveis as provas ilícitas e as que dela derivam, salvo por nexos de causalidade e obtenção por fonte independente, e ainda determina que as mesmas sejam desentranhadas do processo. Veja-se o corpo do artigo:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º - Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º - Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º - VETADO. (BRASIL, 1941).

Melhor seria, segundo os doutrinadores, submeter os fatos ao Ministério Público para as devidas avaliações quanto à responsabilidade pela prática de

eventual infração, ou que fosse determinado o desentranhamento e a destruição após o trânsito em julgado da decisão final, deixando a prova ilícita apartada dos autos e em total sigilo (TÁVORA; ALENCAR, 2011).

A prova é de grande importância no direito processual penal, trata-se de uma reunião de atos praticados pelo homem, a fim de levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou não de um fato e sua veracidade ou falsidade da imputação. Vale citar o conceito trazido por Tourinho Filho:

[...] antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são meios pelos quais se procura estabelecer-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. (FILHO, 2009, pág. 522).

Destarte, o magistrado irá fundamentar a sentença com base nas provas produzidas e juntadas aos autos, mas o conceito de prova não deve se limitar apenas no convencimento do juiz, a prova no processo penal é um instrumento que fundamenta todas as partes processuais, o juiz e terceiros interessados no processo judicial. O que irá convencer o juiz não é a prova, mas sim o contexto probatório, junto com os procedimentos e fatos durante o trâmite da ação penal.

Antes de conceituar as provas ilícitas, é importante apresentar o conceito de ilícito conforme Nucci:

Ilícito advém do latim (*illicitus = il + licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo ilícito, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima. (NUCCI, 2008, pág.349).

Prova ilícita é aquela que viola o direito material, constitucional ou legal no momento em que é obtida, desrespeita a intimidade, a vida privada, a honra, e imagem, salvo nos casos permitidos no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Existem discussões sobre a aceitação ou não de provas ilícitas no processo, contudo, a maioria entende que tal aceitação poderá levar à nulidade da sentença condenatória ou a revisão em casos em que esteja transitado em julgado. Vale ressaltar que os tribunais superiores vêm afirmando que provas ilícitas não gera nulidade do processo em casos que a condenação não seja baseada unicamente na prova em questão.

Todos possuem o livre direito a prova, entretanto mesmo se tratando de dispositivo constitucional, não é absoluto, pois apresenta restrições quanto ao objeto e aos meios de produção. É necessária uma valoração prévia a fim de evitar elementos que sejam vedados pelo ordenamento, e conseqüentemente, possam ser utilizadas pelo juiz em seu julgamento causando possíveis distorções, e até mesmo a retirada dessa prova e afastamento do magistrado se não houver ainda o julgamento.

4.3 O fruto da árvore envenenada e as demais provas descobertas

Esse tópico visa elucidar o tema da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, surgiu com a Lei nº 11.690 de 9 de junho de 2008, que mudou a redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, dando disciplina para a teoria das provas ilícitas por derivação, localizada no parágrafo 1º do dispositivo mencionado, a teoria do fruto da árvore envenenada.

Essa teoria, conhecida também como prova ilícita por derivação, refere-se a um conjunto de regras jurisprudenciais emanadas na Suprema Corte norte-americana, segundo as quais as provas obtidas legalmente, mas decorrentes do uso de informações contidas em provas adquiridas em violação dos direitos constitucionais do acusado, então igualmente falho, não podem ser permitidos na fase decisória do processo penal. Deve-se enfatizar que esta teoria estabelece que as provas ilegais por derivação também devem ser ignoradas, porque estão contaminadas pelo hábito ilícito dos meios usados para obtê-la.

Portanto, se houver contaminação da evidência obtida de uma prova ilegal, é necessário aplicar a teoria em comento, para que o Estado não obtenha nenhum benefício em virtude da violação das regras da lei.

Existem exceções quanto ao uso da prova ilícita por derivação também constante no artigo 157, tais como, a teoria da fonte independente, que é quando de qualquer modo chegar-se-ia àquela prova a partir de outra fonte, que não faz sentido desconsiderar do processo, e a teoria da descoberta inevitável é quando a prova não pode ser evitada, mesmo que tenha relação de dependência com a prova ilícita.

Destarte conclui-se que as evidências obtidas por meios ainda não positivos, tomados como frutos da árvore envenenada pela falta de constância nas disposições legais, mesmo que necessárias para uma situação justificada e relevante provocariam derivações e situações processualmente inválidas em relação ao curso do processo e em sua sentença.

4.4 Análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal

Começando a análise pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível encontrar decisões a favor da ilicitude das provas oriundas da devassa de dados realizada sem a devida autorização judicial. Recentemente o próprio STJ reconheceu por unanimidade a ilegalidade quanto ao tema abordado, fazendo valer a garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade.

Para melhor entendimento, além do *HC 51531* já tratado anteriormente, pode-se fazer a menção do recurso especial *Resp 1701504* interposto ao STJ, em que o réu foi preso em flagrante pelo crime de tráfico de drogas, e no momento do estado de flagrância sofreu a devassa de seu aparelho eletrônico sem a autorização judicial. O remédio processual foi provido a fim de que as provas obtidas fossem declaradas como nulas, pois o acesso é possível, entretanto é necessária a prévia autorização judicial devidamente motivada, veja-se a ementa:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO DE DADOS DE APLICATIVO CELULAR WHATSAPP. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso especial provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial e, bem assim, das provas consequentes, a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser extraído dos autos,

procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes, estendido seus efeitos aos demais corréus, ficando prejudicadas as demais questões arguidas no recurso. (STJ - REsp: 1701504 SC 2017/0252704-2, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 27/02/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/03/2018). (BRASIL, 2018).

O STJ já havia julgado anteriormente casos semelhantes com o mesmo entendimento, portanto, para o referido Tribunal é necessária à autorização judicial para que seja feita a verificação em aparelhos eletrônicos de figura telemática.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, existe entendimento para esses casos, trata-se do *Habeas Corpus 91867*, que foi julgado no ano de 2012, de forma que a defesa contestou a respeito da ilicitude da prova obtida sem a autorização judicial pelo fato de violar o sigilo telefônico.

Por votação unânime, a Turma indeferiu o pedido impetrado, com a menção de que a verificação do histórico de chamadas telefônicas originadas do aparelho celular não quebra o sigilo telefônico, e seria a mesma que verificar um papel encontrado no bolso do detido, que a proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. Veja-se a ementa:

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. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação -- não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corréu, executor do crime, sem autorização judicial. 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. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada. (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012). (BRASIL, 2012).

Nessa perspectiva, notável é a incompatibilidade de uso desse julgamento do STF como base, pelo fato do grande espaço de tempo ocorrido na época para os dias atuais. Naquele tempo, o avanço do uso de aparelhos eletrônicos estava começando a se consagrar de forma regular, e os aplicativos usados hoje sofreram grandes atualizações, fazendo com que o acesso a arquivos importantes e pessoais se tornasse costumeiros.

Destarte, não há até a presente data, uma regulamentação legal vigente que possa ser aplicada especialmente às condutas estudadas nessa pesquisa, mas o STF tem reconhecido a existência de repercussão geral do tema.

Devido à inexistência de lei específica, os Juízes e Tribunais têm aplicado, conforme observado ao longo da pesquisa, os conceitos e fundamentos da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Interceptação Telefônica. Conclui-se que a questão é pendente de pacificação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada, com base em leis e posicionamentos encontrados, pode-se notar com clareza a necessidade de lei específica ao episódio que vem causando questionamentos, que é a possibilidade do acesso aos arquivos em aparelho eletrônico, mediante flagrância sem a devida autorização judicial.

O tema proposto é um objeto de estudo importante para os Operadores do Direito, pelo fato de exercer influência significativa dentro da seara de investigação criminal, em razão da importância de uma prova autêntica no processo.

O vácuo jurídico lida com direitos fundamentais e garantias constitucionais do indivíduo a respeito da inviolabilidade no que tange as comunicações e cinge-se dizer que cabe aos operadores do direito aguardar demais posicionamentos, pois é incoerente usar o julgado do STF como parâmetro, pelo fato de não acompanhar a evolução tecnológica existente nos dias atuais.

Noutra vertente, em razão do crescente desenvolvimento dos meios de comunicação, a necessidade de as pessoas resguardarem a sua intimidade e o sigilo das suas correspondências e comunicações tornam-se cada vez maior. Desse modo, conforme nota-se com a pesquisa, os Tribunais têm aplicado os fundamentos da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Interceptação Telefônica, ou seja, o acesso ao conteúdo de mensagens em aparelho eletrônico para fins de prova em investigação criminal ou processo penal depende de autorização judicial, pois o conteúdo é de caráter íntimo e privado, protegido constitucionalmente.

Em se tratando de ganho pessoal, a pesquisa tende a agregar abundantemente, tendo um papel de suma importância para aprimoramento e aprofundamento do conhecimento acadêmico, facilitando o entendimento da problemática abordada fazendo com que enxergue a situação vivenciada por ambas as categorias em epígrafe.

Por fim, entende-se que a questão de fato é pendente de pacificação até a presente data, e conclui-se que em razão de prisão em flagrante mesmo que esta dispense ordem judicial, é necessária a autorização judicial para devassa de conteúdo no aparelho eletrônico, pois os arquivos constantes são protegidos pelo sigilo telefônico, quais seja a transmissão ou recepção desses arquivos por meio de sistemas de informática e telemática.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo penal*: 9. São Paulo: Editora Forense, 2017.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, c1983.

BLOG EMAGIS, *Necessidade de autorização judicial para acessar whatsapp em celular apreendido durante a prisão em flagrante*. Disponível em: <http://emagis.com.br/area-gratuita/revisao/necessidade-de-autorizacao-judicial-para-acessar-whatsapp-em-celular-apreendido-durante-prisao-em-flagrante/>. Acesso em: 15 de março de 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de março de 2018.

_____. *Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 de novembro de 2017. Acesso em 02 de maio de 2018.

_____. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 9 de abril de 2018.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm. Acesso em: 17 de maio de 2018.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 02 de junho de 2018.

_____. Superior Tribunal Federal. (*STF - HC 91867*), Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%3A+91867+PA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8ofvgyk>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Recurso em Habeas Corpus nº 51.131/RO*. Relator: CORDEIRO, Nefi. Publicado no DJ de 19-04-20160. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-51531-ro-2014-0232367-7?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 de maio de 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *TJ-RJ - APL: 00115320720058190061 RIO DE JANEIRO TERESOPOLIS VARA CRIMINAL*, Relator: SERGIO DE SOUZA VERANI, Data de Julgamento: 04/12/2014, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 13/01/2015. Disponível em: <<https://trj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/374210966/apelacaoapl115320720058190061-rio-de-janeiro-teresopolis-vara-criminal>>. Acesso em 22 de maio de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *TJ-SP - APL: 30009265920138260038 SP 3000926-59.2013.8.26.0038*, Relator: Camilo Léllis, Data de Julgamento: 08/11/2016, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/11/2016. Disponível em: <https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404697126/apelacaoapl30009265920138260038-sp-3000926-5920138260038?ref=serp> Acesso em 20 de maio de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (*STJ - REsp: 1701504 SC 2017/0252704-2*, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 27/02/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/03/2018). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/558036194/recurso-especial-resp-1701504-sc-2017-0252704-2/relatorio-e-voto_558036455?ref=juris-tabs> Acesso em: 07 de junho de 2018.

_____. Tribunal Regional Federal. *HC: 5899 RJ 2008.02.01.011406-9*, Relator: Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, Data de Julgamento: 04/11/2008, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data:25/11/2008. Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2206741/habeas-corpus-hc-5899-rj-20080201011406-9>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, ONU, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 05 de junho de 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Fortaleza: JusPodivm, 2016.

NERY JUNIOR, Nestor. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme. *Código penal comentado*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2015. v. 1.408p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 5. ed. Salvador: Podivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, 11 ed. Ver.e atual. – São Paulo: Saraiva 2009.