

ASPECTOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL RELACIONADOS À INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E À EXTRAÇÃO DE DADOS DA TELEFONIA MÓVEL

Jeferson Deves¹

Márcio de Abreu Moreno²

Resumo: A Constituição Cidadã incorporou diversos direitos e garantias fundamentais pulsantes no mundo pós Segunda Guerra Mundial, portanto, o presente artigo objetiva traçar uma linha do tempo Constitucional quanto à garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas, analisando as hipóteses de relativização destas garantias e fazendo conexão com a lei infraconstitucional. Em segundo momento, passa a analisar os direitos do Estado frente à persecução penal, colidindo com os interesses individuais quanto à vida privada e à intimidade. Em terceiro momento, serão analisados dois julgados das instâncias superiores de nosso sistema jurídico, sendo um favorável e outro desfavorável à extração de dados armazenados, culminando ao fim com um breve cotejo destas jurisprudências frente a doutrina e a legislação atual, concluindo que, para uma melhor aplicabilidade do instituto, correta seria a aplicação da orientação da Senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgadora do *Habeas Corpus* desfavorável à extração de dados. A pesquisa será qualitativa, valendo-se do método dedutivo com análise de bibliografia e jurisprudência para elaboração do estudo de caso.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Extração de dados. Investigação criminal. Violação da privacidade em aparelho celular. Garantias constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

Partindo de uma construção histórica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preocupou-se de maneira significativa com os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos. Entretanto, apesar de prever as garantias, a Constituição prevê expressamente as hipóteses em que tal garantia será relativizada.

Pacífico na doutrina nacional é o entendimento de que não existe garantia ou direito fundamental absoluto, sequer a vida assim é considerada, portanto é perfeitamente possível que o direito individual sucumba frente ao interesse da sociedade como um todo.

Alguns fatos recentes da sociedade moderna não foram previstos e tutelados pela Carta Magna, restando aos legisladores a tarefa de tutelar o instituto, à doutrina nacional interpretar a legislação atual frente aos princípios e normas, e aos Ministros das cortes superiores decidirem com base no material existente até o momento. É o caso do tema do presente artigo, pois a extração de dados armazenados em aparelhos celulares não conta com proteção legal expressa, sendo protegida por analogia pela Lei do Marco Civil da Internet, promulgada em 2014.

Nesse sentido, o objetivo geral do presente artigo é analisar a doutrina, a jurisprudência e a legislação nacional, identificando conflitos de interesses e normas, bem

¹ Estudante do Curso de Direito pela Univates.

² Professor do Curso de Direito da Univates. Mestre em Direito. Orientador do Artigo.

como apontar a divergência jurisprudencial. O estudo tem como problema: em que sentido uma extração de dados armazenados colhida sem prévia autorização judicial para a investigação criminal será considerada ilícita?

A hipótese para tal questionamento firma-se no artigo 6º do Código de Processo Penal, que não abre espaço para a discricionariedade da autoridade policial frente ao conhecimento de prática de infração penal, opondo a ela o dever de coletar todas as provas que julgar pertinentes à elucidação do caso, bem como apreender todos os objetos que possuírem relação com o fato criminoso.

Portanto, sabendo que não existem garantias fundamentais absolutas e que a autoridade policial age sempre em favor da sociedade na elucidação de práticas criminosas, é plausível que se considere lícita a extração de dados armazenados em aparelhos telefônicos.

O presente estudo adotará o modelo qualitativo, cujo caráter subjetivo da abordagem do tema inviabiliza a análise prática de estatísticas e de dados. A pesquisa qualitativa tem como objetivo compreender e interpretar os dados da investigação de acordo com as hipóteses estabelecidas pelo pesquisador, que, no caso, estudará as possibilidades de a autoridade policial extrair dados em aparelhos celulares sem autorização judicial prévia.

O método de pesquisa utilizado para o desenvolvimento do artigo acadêmico é o dedutivo, que parte das premissas gerais ao descrever noções gerais sobre as garantias constitucionais e suas relativizações, seguindo para uma análise do Código de Processo Penal em artigos relacionados ao tema, bem como análise da legislação infraconstitucional, para ao final fazer um cotejo sobre dois julgadores divergentes nas Cortes Superiores nacionais.

2 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal, por meio de seu artigo 5º, garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada em seu inciso X, e de forma mais específica ao tema central do artigo acadêmico, o inciso XII defende a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, telegráficas, de dados e da correspondência, abrindo exceção expressa apenas quanto à primeira.

Portanto, as seguintes seções terão como objetivo identificar as garantias constitucionais ao direito à privacidade, descrevendo sua conceituação e suas

relativizações, bem como levantando as origens legislativas do tema no ordenamento nacional.

2.1 Introdução histórica no direito brasileiro

O direito brasileiro vem sofrendo alterações ao longo de sua história, e durante seu processo de amadurecimento passou a regulamentar de maneira específica os direitos e as garantias da vida privada do seu cidadão, em consonância com os documentos internacionais assinados em meados do século XX, a partir de um momento histórico pós Segunda Grande Guerra, onde os direitos individuais restavam abandonados.

Neste sentido é que destacam os doutrinadores Gomes e Cervini (1997, p. 10):

A posição do direito brasileiro não foge das recomendações de documentos internacionais. Já a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, em seu art. 12, determinava: 'Nenhum indivíduo poderá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, na sua casa, na sua correspondência' etc.

Ainda, compete ressaltar que o direito brasileiro se encontrava adiantado com relação a algumas orientações internacionais, conforme se verifica em recomendação da ONU no ano de 1973, quanto à criminalização das interceptações telefônicas sem justa causa:

A ONU, em 1973, no §177 do Doc. n. E. Cm. 4/1.116, de 23 de janeiro, recomendou aos Estados-Membros que descrevessem como crime a interceptação telefônica, salvo em determinados casos, como na hipótese de determinação judicial em investigação criminal (GOMES E CERVINI, 1997, p. 11)

O Brasil, por sua ocasião, já criminalizara o ato invasivo através do artigo 56 da Lei 4.117 de 27 de agosto de 1962, trabalhada na sequência do presente artigo.

A comunicação através de cartas, uma forma arcaica de comunicação entre pessoas distantes e historicamente muito eficaz, esteve tutelada desde a primeira Constituição Federal, garantindo assim o direito ao sigilo das correspondências, conforme versam Canotilho et al. (2014 p. 291): “Art. 179, XXVII, CF/1824; art. 72, §18, CF/1891; art. 113, §8º, CF/1934; art. 122, §6º, CF/1937; art. 141, §6º, CF, 1946; art. 150, §9º, CF/1967; art. 153, §9º, CF/1969”.

Atualmente previsto no art. 5º da CF/1988, que inicia o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais de nossa Carta Magna, o sigilo das correspondências foi ampliado para as comunicações telefônicas, telegráficas e de dados, mais precisamente previsto do inciso XII do aludido artigo. As novas Constituições foram acrescentando

direitos à inviolabilidade das comunicações, conforme foram surgindo os avanços tecnológicos.

Avançando histórica e tecnologicamente, a primeira aparição das interceptações telefônicas em caráter constitucional aconteceu com o advento da Carta Magna de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967, em seu art. 150, §9º, tendo sua redação inteiramente mantida pela Emenda Constitucional 01, de 17 de outubro de 1969, porém passando a reger sob seu artigo 153. A redação do artigo 150, além de acrescentar as comunicações telefônicas ao rol expressamente protegido, fez surgir a expressão telegráfica sob o manto constitucional, *in verbis*:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
§ 9º - São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

As redações constitucionais à época apenas pretendiam resguardar os direitos à intimidade dos cidadãos brasileiros ou estrangeiros residentes em solo nacional, não prevendo constitucionalmente hipóteses de quebra ou relativização desta garantia, sequer para fins penais ou processuais penais, senão a prevista no artigo 156, §2º, f, CF/69, que tratava de casos de excepcionalidade, *in verbis*:

Art. 156 - No caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão, o Presidente da República, ouvindo o conselho de segurança Nacional, poderá decretar o estado de sítio. [...]
§ 2º - O estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas; [...]
f) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas;

Conforme o Dicionário Aurélio de Português Online, censura significa o ato ou efeito de censurar, é o exame oficial em obras ou escritos. Conforme a letra da Lei Maior, a censura ou o exame das telecomunicações restringia-se aos casos excepcionais em que o país se encontrasse em estado de sítio, o qual, conforme Canotilho et al. (2014 p.727), concede poderes anormais para os governantes:

A previsibilidade de situações de crise, com quebra da normalidade constitucional, justifica o que se convencionou chamar de sistemas de emergência, isto é, mecanismos excepcionais para restaurar a ordem rompida, importando restrições ao exercício dos direitos fundamentais e concessão de poderes anormais aos governantes.

Embora com aparição e tutela constitucional apenas ao final da década de 1960, a primeira aparição fática das hipóteses de interceptação telefônica no direito brasileiro

esteve em norma infraconstitucional, por meio da lei ordinária no início da referida década, com a promulgação da Lei 4.117 de 27 de agosto de 1962, chamada de Código Brasileiro de Telecomunicações, prevendo em seu artigo 57, II, *e*, que o juiz competente poderia, mediante requisição ou intimação, tomar conhecimento do conteúdo das telecomunicações, sem prejuízo do crime previsto no artigo 56 do mesmo título, conforme se verifica na letra da Lei:

Art. 56. Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exhiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro. [...]

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação: [...]

II - O conhecimento dado: [...]

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste [...]

A Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 previu expressamente em seu artigo 5º, XII, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, telegráficas, de dados e das correspondências, inovando com relação às demais Cartas Magnas ao prever, além do direito tutelado, a forma e os motivos pelo quais a lei deverá relativizar essa garantia, *in verbis*:

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: [...]

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; [...]

O texto constitucional acima citado deixou dúvidas quanto a sua abrangência ao permitir as exceções à regra da inviolabilidade, valendo-se da expressão “no último caso”. Seria essa exceção constitucional válida apenas para a interceptação telefônica, por ser a última no rol tutelado, ou tal exceção seria válida a todas outras hipóteses? Canotilho et al. (2014 p.727) esclarecem:

A resposta adequada à Constituição, nesse caso, é no sentido de que *qualquer que seja o meio utilizado para a comunicação* – telegráfica, de dados e telefônica – é passível de interceptação para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, desde que autorizada por ordem judicial, nos termos da Lei n. 9.296/96.

Em conformidade com os estudiosos acima, Nucci (2015 p. 508) entende ser possível a interceptação dos demais meios de comunicação, transpondo a barreira do termo constitucional: “[...] as comunicações telefônicas (mais relevantes) e as demais

(comunicações telegráficas e de dados) podem ser interceptadas por ordem judicial, para fins criminais”, mas ressalta que existe na doutrina nacional quem entenda como “absolutamente preservadas” todas as demais, exceto as comunicações telefônicas.

Em vigor desde 1988, conforme Angelozzi (2009 p. 256), a Carta Magna, conhecida como Constituição Cidadã, “preocupou-se de modo especial com a área social e os direitos do cidadão”. Portanto, passou-se a ter uma garantia constitucional mais abrangente, com suas hipóteses de relativização esclarecidas, embora a parte final do inciso XII do artigo 5º ainda delegue à outra lei a regulamentação sobre a forma pela qual o procedimento de exceção da garantia acontecerá.

Com a falta da lei específica posterior à Carta Magna de 1988, continuou-se a utilizar os arts. 57, II, *e*, e 56, §2º, ambos do Código Brasileiro de Telecomunicações para os fins a que se propunham desde sua criação. Entretanto, o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal deu entendimento, por maioria dos votos, que a Lei Maior não havia recepcionado os referidos artigos, tornando ilícita a interceptação telefônica, mesmo quando em conformidade com o disposto no CBT, criando assim uma lacuna temporal entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da lei específica que esta solicitou. Esclarecem Gomes e Cervini (1997, p. 10):

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, entretanto, no *Habeas Corpus* 69.912, por maioria de votos, rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, em memorável discursão, decidiu que a Carta Magna de 1988 não havia recepcionado o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações e, como não existia lei nova disciplinando a matéria, não era lícita a interceptação telefônica, ainda que ordenada pelo juiz.

Com o entendimento conservador de nossa Corte Superior no sentido de que as interceptações telefônicas, sem a regulamentação da parte final do inciso XII do artigo 5º da CF/1988, seriam consideradas ilegais, e apoiando-se no texto do inciso LVI do mesmo artigo, que veta a admissibilidade em processos de provas obtidas ao arrepio da lei, as chamadas provas ilícitas, surge então uma necessidade avassaladora para a regulamentação da parte final do inciso XII do referido dispositivo constitucional. Canotilho et al. (2014 p. 439) destacam sobre as provas ilícitas:

O desprezo à prova ilícita constitui verdadeiro *functor* processual determinado pela garantia constitucional e que tem como objeto imediato a preservação de direitos fundamentais, com a promoção de um processo justo, cujo intervalo persecutório esteja comprometido com a idoneidade da prova. Todavia, atente-se que direitos fundamentais não são absolutos, admitindo-se restrições e limites bem identificados.

Tal urgência somente fora sanada aos 25 dias de julho de 1996, com a publicação da Lei 9.296, a Lei da Interceptação Telefônica, tomando por objeto específico tal regulamentação e entrando em vigor no dia de sua publicação, conforme artigo 11 da mesma Lei.

A Lei 9.296/1996 não é taxativa ao elencar sua abrangência, o que gerou desconforto e conflito de interpretação, como será visto mais adiante. O art. 1º, além de prever os casos de interceptação telefônica de qualquer natureza, inova em seu parágrafo único, adicionando os termos telemática e informática aos regulamentados, permitindo a intervenção no fluxo de comunicação destes sistemas, *in verbis*:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Foi regulamentado pela primeira vez o termo “telemática”, que, conforme o Dicionário Aurélio de Português Online, significa um “conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicação”. Canotilho et al. (2014 p.293) a descrevem como: “a ciência que trata da manipulação e utilização da informação por meio do uso combinado do computador e dos meios de telecomunicação”, sendo que os legisladores visam a aplicabilidade da Lei ao longo do tempo, sem se tornar obsoleta frente aos avanços tecnológicos iminentes à época.

Os doutrinadores ainda destacam que a interpretação do dispositivo infraconstitucional não deve ser feita de maneira restritiva, sendo aplicável para as novas tecnologias de comunicação de informações e dados, inclusive as feitas pela internet, entre computadores, sejam de pessoas ou empresas, através de redes sem fio ou via cabo, podendo o Estado violar as garantias constitucionais mediante autorização judicial, desde que cumpridos os requisitos que a Lei 9.296/1996 estabelecer. Conforme entendimento de Canotilho et al. (2014 p.293): “O sigilo das comunicações telegráficas, das comunicações de dados (seja por *fax modem* ou por qualquer outra forma, inclusive pelas sofisticadas formas que superem o *modus* ‘linha telefônica’) e as comunicações telefônicas”.

O que se percebe com o avançar da linha do tempo constitucional e infraconstitucional é uma legislação que procura orientar os aspectos da vida privada e em sociedade, atentando para os avanços tecnológicos e sociais e regulamentando-os, ainda que o faça com certa defasagem.

2.2 Relativização das Garantias

O Título II de nossa Lei Maior trouxe consigo os direitos e garantias fundamentais, iniciando em seu art. 5º, e aproveitou a bagagem constitucional acumulada por constituintes anteriores para incorporar algumas orientações internacionais, tal qual a Declaração Universal dos Direitos do Homem, porém não se limitando ao artigo 5º, como entende Lenza (2014). Seguindo essa linha doutrinária, Machado et al. (2016 p. 15) entendem que: “em tese, direitos fundamentais são os valores jurídico-políticos originados da dignidade inerente ao humano, pois atualizam as potencialidades essenciais ao ser”.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, X que:

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;

As garantias pessoais previstas no inciso X do dispositivo constitucional acima citado podem ser limitadas conforme o caso concreto e específico. É o que diz Canotilho et al. (2014, p. 282): “o direito à intimidade pode, em vista das circunstâncias do caso, ceder a outro direito ou liberdade ou mesmo em face da saúde ou segurança públicas, da punibilidade ou de outro bem coletivo”. Os estudiosos destacam que o caso e suas peculiaridades é que definirão se a garantia individual sucumbirá aos interesses a ela opostos.

Importante para que se prossiga que sejam diferenciados os direitos das garantias, sendo que, conforme Lenza (2014 p.1059), “[...] direitos são os bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos”. Para uma melhor compreensão, o estudioso completa, exemplificando:

É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre-exercício dos cultos religiosos – art. 5º, VI (direito), garantindo-se na forma da lei a proteção aos locais de culto e suas liturgias (garantia). (LENZA, 2014 p.1059).

O jurista elenca as características que compõem os direitos e garantias fundamentais, quais sejam: historicidade, universalidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e, por fim, a limitabilidade, dizendo a respeito desta que: “os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses”, Lenza (2014 p.1060).

Quanto à limitabilidade dos direitos e garantias fundamentais, Canotilho et al. (2014, p. 295) entendem que apenas deverá ocorrer quando esta limitação for mais benéfica para a sociedade como um todo, compensando assim a perda da liberdade de alguns indivíduos:

Se o constituinte, de um lado, optou por tutelar a privacidade dos cidadãos, dando ao sigilo da correspondência e das comunicações a condição de direito e garantia fundamental, de outro, estabeleceu algumas restrições ao seu exercício, em razão da necessidade de o Estado proteger a sociedade entendida no seu todo.

Os direitos e garantias fundamentais, em especial os previstos em nossa Carta Magna, não possuem caráter absoluto, conforme Nucci (2015 p. 508): “Não há direito ou garantia fundamental de caráter absoluto”, posição também defendida por Paulo e Alexandrino (2016 p.135): “Não existem direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto no Estado brasileiro”.

Tratando-se, pois, de garantias relativas, com limitações previstas no próprio ordenamento legal, explicam Gomes e Cervini (1997, p. 9):

No tema da tutela da intimidade, mas especialmente no do sigilo das comunicações, se o cidadão tem o direito de manter em reserva os fatos de sua vida pessoal, zelando para não deixar que se lhe devessem a vida privada, as legislações mais modernas inclinam-se no sentido de lhe permitir limitações. Não se trata, pois, de uma garantia absoluta e sim relativa. Significa que lhe são admitidas exceções legítimas no próprio plano do ordenamento legal.

Por tratar de garantias inerentes ao ser humano, os estudiosos entendem e reforçam o caráter excepcional das medidas que as relativizem, e nesse sentido destacam Canotilho et al. (2014, p. 293) que o remédio não poderia ser mais drástico que a doença por ele combatida, aplicando a exceção aos casos mais graves, que dela dependam para uma eficaz aplicação do direito:

[...] a exceção constitucional que autoriza a quebra do sigilo das comunicações telefônicas não deve ser invocada para enfrentar a microcriminalidade – na esteira da legislação repressiva, que historicamente seleciona setores mais

pobres na sociedade, subtraindo-lhes garantias -, mas deve, ao contrário, ser entendida como um importante e eficaz instrumento destinado a combater, fundamentalmente a macrocriminalidade, isto é, o crime organizado, a corrupção, os crimes do ‘colarinho branco’.

Neste mesmo sentido, ponderando o bem jurídico que se visa proteger em detrimento ao direito que será violado, Paulo e Alexandrino (2016 p.135) destacam: “Assim, numa situação concreta, em que estejam em jogo outros valores constitucionalmente protegidos (direito à vida, por exemplo), poderá ocorrer a violação das correspondências, para salvaguardar a vida”.

Quanto ao caráter de excepcionalidade das intervenções que trata a Lei 9.296/1996, e atribuindo ao sigilo das comunicações o peso da regra, Canotilho et al. (2014, p. 295) destacam que a ordem do juiz competente deverá ser fundamentada: “[...] É indubitável que a autorização para a interceptação telefônica depende de fundamentação nos termos do art. 93, IX, CF, por meio da qual se justifique a necessidade – ou indispensabilidade – de sua realização”. O referido artigo exige a fundamentação da decisão sob pena de nulidade, considerando que é uma barreira oposta à arbitrariedade do Estado frente às garantias do cidadão.

Nosso ordenamento jurídico tutela a vida como o bem maior, absoluto sobre os demais, mas ainda assim admite, em determinadas hipóteses, que se cometa um homicídio em legítima defesa, hipótese na qual é afastada a ilicitude do ato, não restando crime, conforme o artigo 23, II, CP.

Não há garantias constitucionais absolutas. Se assim não fosse, o CP não poderia admitir a prática de homicídio em legítima defesa (arts. 23, II e 25), uma vez que a Carta Magna garante a ‘inviolabilidade do direito à vida’ sem ressalva (art. 5º, caput). (DAMÁSIO DE JESUS, 2004 p.152)

Portanto, é o caso concreto e suas nuances que sempre determinarão qual direito de fato deverá ser aplicado, bem como, em matéria penal, quais garantias deverão ser mantidas e quais as que sucumbirão.

3 PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Conforme visto até o presente momento, a Constituição Federal de 1988 garante, em seu artigo 5º, XII, o sigilo das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, mas

nada prevê sobre a extração dos dados que estejam em algum dispositivo, quando puderem ser alcançados através do acesso direto ao aparelho que os contenha.

Portanto, será objetivo das seguintes seções trazer o entendimento da prova para o processo penal, apurando os meios de produção de provas e seus limites genéricos, fazendo uma diferenciação doutrinária entre a interceptação de dados em comunicações e a extração de dados contidos de maneira estática em algum dispositivo.

3.1 Função e limites da prova no Direito Processual Penal

A prova é o instrumento utilizado para estabelecer uma verdade jurídica material, aplicada em nosso Direito Processual em geral, tendo maior relevância e cuidado ao se tratar de Direito Processual Penal, pois pode representar, ao final do mesmo, o cerceamento da liberdade do indivíduo. Nesse sentido, destaca-se a busca pela verdade, conforme Tourinho Filho (2013, p. 233): “provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-las. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega”.

O termo *prova*, conforme Nucci (2014), advém do latim e dele deriva o verbo provar, possuindo fundamentalmente três sentidos para o termo:

[...] a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: ‘fez-se prova de que o réu é autor do crime’. Portanto, é o clímax do processo. Nucci (2014, p. 337)

O objetivo ou finalidade da prova, para Tourinho Filho (2013, p. 234), é “formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide”.

Nesse sentido, destaca Nucci (2014) que o objeto de prova são os fatos que necessitem de comprovação, independentemente de sua natureza, não sendo necessário se fazer prova sobre os fatos notórios, impossíveis, irrelevantes ou cuja presunção judicial seja absoluta.

A Constituição Federal, frente a importância do instituto, em seu Título de Direitos e Garantias Fundamentais, por meio do artigo 5º, LVI, fixa uma baliza importante

para a aplicação de provas, *in verbis*: “Art. 5º, [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A doutrina e alguns entendimentos jurisprudenciais, conforme Nucci (2017), divergem sobre a classificação de gênero e espécie quanto aos termos ilícito, ilegal e ilegítimo. Em suma, entende Nucci (2017, p. 43) que a prova ilícita é o gênero que se subdivide em duas espécies: ilegal e ilegítimo. O primeiro diz respeito à conformidade com o direito material, sendo o segundo atrelado aos ordenamentos processuais:

Em conclusão, o ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação da prova ofendendo o direito material, v.g., a escuta telefônica não autorizada) e o ilegitimamente produzido (fornecimento indevido de prova no processo, v.g., a prova da morte da vítima através de simples confissão do réu).

Complementando os dizeres Constitucionais, o Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), determina em seu artigo 157 que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, também inadmitindo as provas derivadas desta, salvo quando não for comprovado o nexo de causalidade ou quando a prova derivada puder ser produzida por meio independente e lícito, em relação à primeira, ilícita.

Para Tourinho Filho (2013, p. 241): “Metem-se a rol entre as provas não permitidas aquelas objeto de captação clandestina de conversação telefônicas (CF, art. 5º, XII).” Ressalva-se aqui a possibilidade já analisada acerca da relativização da garantia em favor do bem coletivo, na forma da lei. Completa o estudioso, afirmando que: “Em princípio, há, pois, uma liberdade na procura da verdade real, quer na fase de investigação policial, como se infere dos incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX do art. 6º do CPP, com especial ênfase para o inciso III”.

O artigo 6º do CPP determina à autoridade policial que diligencie em favor da persecução penal, preservando o local, colhendo todas as provas úteis ao esclarecimento do fato, e apreendendo objetos que possuam relação com o fato, como se verifica na letra da lei:

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;

Se de um lado existem as obrigações da autoridade policial, do outro encontram-se as garantias constitucionais, conforme nossa Lei Maior, que preserva a inviolabilidade de domicílios ao mesmo tempo em que prevê formas e momentos em que tal garantia é relativizada, conforme se verifica no inciso XI da referida Lei, *in verbis*:

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

Ora, se a casa é asilo inviolável, o legislador pretendeu resguardar a intimidade dos moradores, mas ressalvou as hipóteses de flagrante delito. Questiona-se Tourinho Filho (2014, p. 250): “[...] 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?”

A esse respeito, o artigo 244 do CPP confere a possibilidade de a busca pessoal ser feita sem a exigência de mandado, conforme se verifica:

Art. 244. A busca pessoal independe 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.

Com relação ao artigo citado, Nucci (2017, p. 656) é enfático, aplicando certo grau de hierarquia às garantias e justificando a busca pessoal sem mandado à segurança do presídio, bem como à obtenção de objetos ou instrumentos que possam servir para a formação do conjunto probatório:

[...] havendo prisão do revistado. É natural que a detenção do acusado ou indiciado faça cessar a sua inviolabilidade pessoal, independente de ordem judicial, pois será recolhido ao cárcere e necessita estar livre de armas ou objetos perigosos à segurança do presídio. Além disso, os objetos ou instrumentos, que possua consigo, servirão para a formação do conjunto probatório. Se o bem maior – liberdade – está sendo violado legalmente, não teria sentido exigir-se mandado de busca pessoal, que protege a intimidade.

Quanto ao exame de corpo de delito que alude o artigo 244, CPP, Tourinho Filho (2014) entende a necessidade de sua realização em conformidade com o artigo 6º, CPP, com base nos vestígios materiais produzidos pela prática criminal, sob pena de nulidade, conforme versa o artigo 564, III, *b*, do mesmo Código. O autor exemplifica: “[...] um

braço ferido, numa lesão corporal, um quarto destelhado, num furto qualificado, tudo são corpos de delito”, Tourinho Filho (2014, p. 85).

Portanto, um crime de ameaça, previsto no artigo 147 do Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, cometido por aplicativo de troca de mensagens, deixa seu vestígio material no próprio dispositivo. O crime de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 33 da Lei 11.343, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, também denominada Lei de Drogas, prevê diversas condutas típicas nucleares que configuram o crime, e dentre as mais comuns encontram-se os verbos *vender* e *expor à venda*. Quanto à segunda hipótese, o simples fato de o suspeito ter exposto o produto à venda em algum grupo, ainda que fechado nas redes sociais, ou em grupos de conversa nos aplicativos de troca de mensagens, já configuraria a infração penal, e a prova da infração penal, o vestígio material que configura o corpo de delito está justamente embarcado no aplicativo, site, ou qualquer outro meio que tenha utilizado para tal finalidade.

Assim sendo, não há o que se falar em prova ilegítima por violação à norma processual penal, por haver previsão processual expressa para o feito, restando a dúvida recair quanto à ilegalidade em função da violação de norma Constitucional.

3.2 Meios de produção de provas relevantes ao tema

O CPP não delimita em rol taxativo os meios de produção de prova. Segundo Nucci (2014, p. 336), os meios de prova “são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos do processo”.

Como visto, o artigo 244 do CPP autoriza a busca pessoal sem mandado em caso de prisão ou com fundada suspeita, com a finalidade de obter objetos ou papéis que constituam corpo de delito, bem como o artigo 6º do mesmo código, o qual determina que a autoridade policial apreenda os objetos que possuam relação com o fato, colhendo todas as provas para sua elucidação. Por analogia, já foi exposto que o artigo 5º, XI, CF autoriza a busca domiciliar em caso de flagrância.

O corpo de delito a que se refere o artigo 244 do CPP constitui o vestígio, o rastro ou a pista deixada por alguém na prática de um delito. Nucci (2017, p. 436) destaca:

O corpo de delito é a prova da existência do crime. Essa prova pode ser feita de modo direto ou indireto, isto é, pela verificação de peritos do rastro deixado nitidamente pelo delito, como o exame necroscópico, bem como pela narrativa de testemunhas, que viram, por exemplo, o réu matando a vítima, sem, no entanto, manter-se o cadáver para exame.

O corpo de delito não pode ser confundido com o exame de corpo de delito, cuja aplicabilidade se faz necessária em consonância com o artigo 158 e respeitando o procedimento previsto no artigo 159, ambos do CPP. O estudioso destaca essa diferenciação:

Exame de corpo de delito: é a verificação da prova da existência do crime, feita por peritos, diretamente, ou por intermédio de outras evidências, quando os vestígios, ainda que materiais, desapareceram. O corpo de delito é a materialidade do crime, isto é, a prova da sua existência. (NUCCI, 2017, p. 433)

O artigo 158, CPP determina que os crimes que deixarem vestígios deverão ser confirmados pelo exame de corpo de delito, sendo normatizada no artigo 159 a necessidade de se proceder por intermédio de perito oficial tal exame. O parágrafo 1º deste artigo estabelece que a falta de perito oficial poderá ser suprida, nos termos a seguir:

Art. 159, [...]

§1º - Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

A necessidade do exame de corpo de delito nos crimes que deixarem vestígio, quando este não estiver desaparecido, conforme o artigo 167, CPP, fora reforçada no artigo 564, III, *b*, do mesmo código, tratando como nulos os casos em que essa exigência for descumprida, conforme se verifica na letra da Lei:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

Portanto, no exame no corpo de delito realizado em objeto apreendido com a pessoa na situação de flagrância ou com fundada suspeita por parte da autoridade policial, mesmo que ausente o mandado judicial, conforme já exposto, não é plausível que se

presuma a ilicitude da prova colhida, desde que esta seja feita em proveito da elucidação dos fatos criminosos.

3.2.1 Extração de dados vs Intercepção de comunicação

O artigo 5º, XII, CF/1988 protege de maneira expressa as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, mas nada fala sobre os dados puramente, no momento em que se encontrarem em algum aparelho ou dispositivo, sem que estejam efetivamente envolvidos em um processo de comunicação entre duas ou mais pessoas.

É nesse sentido que Canotilho et al. (2014, p. 293) defendem que tais dados, conforme o artigo supracitado, sequer encontram-se protegidos pela Constituição:

Não se pode, todavia, confundir dados estáticos – que, aliás, sequer estão protegidos pelo dispositivo constitucional sob comento (veja-se que a Constituição alude à ‘comunicação de dados’) – com dados em tráfego (excepcionalmente violáveis): há que se distinguir ‘bancos de dados’ do seu ‘conteúdo’, qual seja, os dados em si – cujo conteúdo se relaciona a crimes – transmitidos, via informática, de um banco ou uma empresa para outra (empresa ou pessoa).

Seguindo pela mesma posição doutrinária, Paulo e Alexandrino (2016 p.138), além de elucidarem a terminologia constitucional, trouxeram o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao assunto em si:

[...] esse dispositivo constitucional não impede o acesso aos dados em si, mas protege, tão só, a comunicação desses dados. Por exemplo, será legítima a apreensão de um computador ou de equipamento de informática que contenham dados do indivíduo, e a utilização desses dados em investigações ou instrução processual, desde que a apreensão seja feita regularmente, em cumprimento a mandado judicial fundamentado.

Os avanços tecnológicos, sociais e culturais fizeram surgir um novo *modus operandi* do criminoso. Os telefones celulares deixaram de ser item de luxo para se tornarem itens corriqueiros, acessíveis à toda população. Fato esse que é comprovado em levantamento feito pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que apesar de demonstrar uma queda significativa nos últimos doze meses, no mês de abril de 2017,

o Brasil contava com 242.335.205 linhas telefônicas móveis, uma redução de 14,09 milhões de linhas (-5,50%) em relação ao mesmo período do ano anterior, número expressivo que representa 117,57 linhas móveis para cada 100 habitantes, conforme o apurado, (ANATEL, TELEFONIA MÓVEL, 2017).

Outrossim, os aparelhos celulares deixaram seu modo de comunicação principal – as ligações – no passado. O advento da internet móvel e de sistemas operacionais mais complexos embarcados nos aparelhos possibilitaram a instalação de aplicativos variados para comunicação, gravação, fotografia e outros, como redes sociais.

Assim como a população se vale dessas tecnologias para se comunicar com amigos, parentes e colegas de trabalhos, os criminosos com o acesso às mesmas tecnologias dão-lhes fins diversos, combinando a prática de atos criminosos, fotografando a *res furtiva* para postar em redes sociais, comunicando-se com os membros das organizações criminosas, dando-lhes ou recebendo ordens, dentre tantas outras finalidades.

Portanto, na falta de previsão constitucional protegendo e incorporando os dados armazenados, é possível que se presuma a possibilidade de apreensão dos mesmos, nos termos já expostos, em casos de flagrância ou fundada suspeita, quando forem relacionados com o fato criminoso, sem arguir a invasão da privacidade. Em explicação ao art. 6º, II, CPP, Nucci (2017, p. 79) destaca que os objetos relacionados 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, que, no caso concreto, podem contribuir para a formação da convicção dos peritos. Em primeiro lugar, destinam-se tais objetos à perícia, passando, em seguida, à esfera de guarda da autoridade policial, até que sejam liberados ao seu legítimo proprietário.

Um telefone celular é considerado um item inofensivo e de uso comum, mas nas mãos de um criminoso ele é transformado em arma, não em seu sentido literal, mas fornece poder ao meliante, acesso a informações das vítimas publicadas em redes sociais e comunicação rápida e eficaz com seus comparsas, sendo esta feita normalmente por meio de aplicativos de troca de mensagem instantânea, como o Whatsapp e Telegram.

Extraír os dados de um telefone móvel é algo completamente diferente do tutelado pela Lei 9.296/1996, que prevê a intromissão de um terceiro em comunicação alheia, no momento que está acontecendo, com os fins de investigação criminal. O termo

interceptação e sua correta interpretação à luz da legislação atual é esclarecido por Nucci (2015, p. 508):

[...] em sentido estrito, *interceptar* significaria interromper, cortar ou impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece a impressão equívoca de constituir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem o significado de interferência, com fito de colheita de informes.

Nesse sentido, o foco da autoridade policial está na obtenção de provas em desfavor de um indivíduo que já esteja sob investigação criminal, sejam elas as necessárias para a comprovação de autoria, bem como para o prosseguimento das investigações com a descoberta de novas infrações e outros infratores.

A extração de dados não é feita aos moldes da interceptação telefônica, pois não acontece no momento da conversação, visto que o terceiro que acessa os dados não se intromete em comunicação alheia, apesar de se apoderar das informações gravadas na memória do dispositivo. Tal entendimento poderia assemelhar-se à violação de correspondência, principalmente no que diz respeito ao acesso a aplicativos de troca de mensagem instantânea, como Whatsapp ou Telegram. Tal entendimento será aprofundado no próximo item.

3.3 Inviolabilidade dos dados armazenados

Conforme visto, a doutrina nacional tratou de diferenciar a extração de dados armazenados dos dados em tráfego, dados envolvidos na comunicação entre indivíduos, existindo, quanto aos primeiros, uma certa brecha legislativa. Tal lacuna foi sanada com a promulgação da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, porém trouxe à tona novamente a problemática com relação ao tema, que se verifica em especial no artigo 7º, *in verbis*:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

Novamente, enfrenta-se um direito garantido em lei e cuja hipótese de relativização carece de autorização judicial. Entretanto, conforme se verifica na obra de Gonçalves (2016, p. 58), entende-se que o estudioso atribui à lei em tela o caráter de regulação civil, não penal. O jurista alerta sobre sua percepção de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.296/1996, fazendo uma crítica ao Marco Civil da Internet:

Nesse sentido, o Marco Civil, sem enfrentar essas questões de constitucionalidade das exceções, renovou a batalha sobre o sigilo das comunicações de internet, que nada mais são do que dados, só que agora no âmbito cível.

Volta-se ao já exposto nos artigos 6º, 158, 159 e 244 do CPP, sobre os deveres da autoridade policial frente à infração penal, ao exame de corpo de delito e à busca pessoal.

O termo *pessoal*, para Nucci (2014, p. 464) é: “o que se refere ou pertence à pessoa humana. Pode-se falar em busca com contato direto ao corpo humano ou a pertences íntimos ou exclusivos do indivíduo, como a bolsa ou o carro”. Ressalta-se que a busca em veículo deva ser equiparada à busca pessoal, não se exigindo o mandado judicial.

Conforme Capez (2017), verifica-se que a busca pessoal está em consonância com o explanado por Nucci, no sentido de que poderá ser realizada em objetos que estejam na posse da pessoa sob a qual recai a suspeita da autoridade policial:

Será realizada quando “houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida” ou outros objetos. É realizada na pessoa (incluindo também bolsas, malas etc.) e em veículos que estejam em sua posse (automóveis, motocicletas etc.). (CAPEZ, 2017, p. 253)

Conforme explanado anteriormente, a extração de dados em telefone celular, em especial com relação a dados contidos em aplicativos de troca de mensagens, poderia ser interpretada como violação à correspondência, mas se aplicarmos o entendimento de que o celular faz parte da personalidade, sendo pertence íntimo e exclusivo do indivíduo, aplicável também será o artigo 240, CPP, *in verbis*:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f* e letra *h* do parágrafo anterior.

Nucci (2014, p. 468) destaca a divergência doutrinária quanto à revogação ou recepção da alínea *f* do artigo supracitado pela Constituição Federal de 1988:

Assim, parte da doutrina encaminhou-se no sentido de ter por revogado, tacitamente, o art. 240, §1º, *f*, do Código de Processo Penal, alegando que a Constituição tornou inviolável, sem exceções, qualquer correspondência, destinada ou não a pessoas acusadas da prática de crimes. [...]

Outra parte, no entanto, sustenta que o texto constitucional não deve ser analisado de modo irrestrito, havendo até a postura dos que sustentam a inconstitucionalidade formal – por problemas concernentes ao processo legislativo de elaboração desta norma (Ada Pellegrini Grinover) -, além do que direitos e garantias individuais não são absolutos, nem foram idealizados ou estabelecidos para proteger criminosos.

É comum na doutrina nacional equiparar o automóvel, desde que não utilizado como residência, considerando-o extensão da personalidade, sendo possível sua revista nos termos do artigo 244, CPP. Portanto, seria plausível, levando em consideração os hábitos de nossa sociedade, que o celular também o fosse comparado.

Tratando-se de lei recente, é preciso que se observe os entendimentos de nossas cortes superiores na tentativa de sanar os conflitos e as divergências encontradas na doutrina nacional, tendo em vista a pluralidade de fontes do direito brasileiro, conforme Soares (2016, p. 66):

Dentro da pluralidade das fontes formais do direito, podem ser vislumbradas tanto fontes jurídicas estatais, produzidas por órgãos do Estado, tais como a legislação ou a jurisprudência, como também fontes jurídicas não estatais, gestadas pelo conjunto dos agentes sociais, a exemplo da doutrina, do costume jurídico, do negócio jurídico e do poder normativo dos grupos sociais.

O estudioso destaca que a jurisprudência, ao lado dos costumes, é a principal fonte de direito nos países que adotam o sistema da *common law*, tendo como exemplo os Estados Unidos da América, mas destaca que países que adotam o sistema da *civil law*, como é o caso pátrio, atualmente também a adotaram como fonte subsidiária para a construção jurídica, conceituando como: “aquela fonte formal e estatal do direito que expressa o conjunto das decisões reiteradas de juízes e tribunais, as quais formam um padrão interpretativo capaz de inspirar a realização de futuros julgamentos sobre casos similares” (Soares, 2016, p. 75).

Por ter a capacidade de influenciar os julgamentos futuros de casos semelhantes, é que se faz necessária a análise das decisões jurisprudenciais até o momento proferidas, especial caso em que se encontram os Superiores Tribunais em divergência nas suas decisões.

4 Análise jurisprudencial nas cortes superiores

Conforme já trabalhado, pode-se verificar uma quantidade considerável de ordenamentos jurídicos que protegem ou relativizam os direitos individuais do cidadão, traçando um levantamento histórico que demonstra a fragilidade dessa proteção décadas atrás, passando para um Estado protetor no presente.

Tais garantias podem e devem ser relativizadas conforme o caso concreto, em benefício da sociedade. Porém, a doutrina nacional não consegue exemplificar todas as hipóteses cabíveis de relativização antes que estas cheguem a debate nos Superiores Tribunais nacionais, cabendo a eles decidirem com base na interpretação Constitucional e Infraconstitucional das normas, considerando a doutrina nacional e atentando às nuances do caso concreto.

Portanto, a presente seção terá como finalidade analisar dois precedentes judiciais relacionados ao tema, sendo o primeiro com decisão favorável à extração de dados em aparelho celular sem prévia autorização judicial e o segundo com decisão desfavorável a tal extração. Será feito um cotejo das decisões, apontando as possíveis semelhanças ou diferenças, bem como os fundamentos utilizados pelos Senhores Ministros em seus votos, a fim de que se conclua pela melhor forma de aplicar o Direito, para que tanto a sociedade quanto o cidadão tenham seus direitos assegurados na medida de sua proporcionalidade e aplicabilidade ao caso concreto.

4.1 Decisão favorável à extração de dados

Para que se entenda em sua plenitude a seguinte análise jurisprudencial, é imprescindível que se faça um breve resumo do processo que deu origem ao posterior *habeas corpus*. Trata-se de processo registrado sob número 0000104-87.2004.8.14.0130 na vara única da comarca de Ulianópolis, estado do Pará. Conforme se verifica no site do Tribunal de Justiça do referido Estado, o processo encontra-se suspenso e já conta com mais de duas mil e trezentas páginas.

Conforme se verifica na sentença, a denúncia narra que a prática dos atos criminosos se deu no dia 27 de novembro de 2004, sendo a denúncia aditada e recebida em 13 de outubro de 2005, com a adição de novos réus ao crime, visto que as investigações policiais avançaram e chegaram ao mandante do crime após procederem à interceptação telefônica, com autorização judicial, nos números telefônicos encontrados e coletados sem prévia autorização judicial, na agenda telefônica do executor do crime de homicídio.

No dia 24 de abril de 2012 foi decidido pela Suprema Corte Federal o HC número 91.867, oriundo do processo supracitado, impetrado pela defesa, que alegou, dentre outros, a ilicitude de uma das provas produzidas no decorrer do inquérito policial, em função da violação dos registros telefônicos da pessoa do investigado, corréu e executor do crime, sem prévia autorização judicial.

Os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, STF, sob a presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, por unanimidade de votos, indeferiram a ordem, nos termos do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes.

O voto do Relator inicia a análise do ponto em debate, aludindo as garantias Constitucionais já trabalhadas no presente artigo:

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, veda expressamente o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais. É que a garantia constitucional quanto à impossibilidade de utilização, nos processos, de prova ilícita mantém estreito vínculo com outros direitos e garantias também constitucionais. À guisa de ilustração, cito aqui o direito à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X), o direito à inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), (BRASIL, 2012).

A análise desses dados, segundo consta, teria levado as investigações aos números telefônicos dos pacientes, ora mandantes do crime. A tese defendida pela defesa aponta para a ilicitude dessa extração de dados, por não ter respeitado a Lei 9.296/1996. Entretanto, é de entendimento do senhor Ministro que a proteção constitucional está relacionada à comunicação de dados, e não aos dados em si, conforme se verifica:

E, como já enfatizei em outras oportunidades, entendo que 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 os 'dados', (BRASIL, 2012).

Em consonância com o já exposto, entende o Ministro que a autoridade policial tem o dever de fazer a coleta de todos os meios de prova que julgar pertinentes ao caso, apreendendo objetos e, caso entender necessário, determinar que se proceda ao exame de corpo de delito, obedecendo a ordem a ela imposta no artigo 6º, CPP, conforme se verifica em trecho do relatório:

Daí, dispor o art. 6º do CPP que a autoridade policial tem o dever de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal, impondo-lhe determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito, apreender os objetos que tiverem relação com o fato delituoso, colher as provas que servirem para esclarecimento do fato e suas circunstâncias, ouvir o ofendido, ouvir o indiciado, dentre outras diligências, (BRASIL, 2012).

O relatório completa afirmando que o acesso aos dados gravados na memória do aparelho estava acessível à autoridade policial mediante exame do próprio aparelho, apreendido com o executor, diferenciando-se de dados registrados na empresa telefônica.

Em casos de flagrante delito, o Relator lembrou a excepcionalidade prevista no inciso XI do artigo 5º de nossa Constituição, indagando se o aparelho celular mereceria proteção diversa, inclusive sendo a proteção superior da própria residência. Outrossim, indagou se o número de telefone coletado estivesse anotado em uma agenda telefônica de papel, ou mesmo em um simples pedaço de papel no bolso do executor, seria configurada prova ilícita.

Pelo que se extrai do relato, é de entendimento do Ministro que a extração desses dados deve ser analisada conforme o caso específico, a fim de que se pondere a aplicação dos direitos e garantias constitucionais, ou que estes sejam relativizados para que não sirvam de proteção, acobertando possíveis criminosos. No caso em análise, tratando-se de crimes de homicídio encomendado e formação de quadrilha, entendeu como razoável os procedimentos adotados pela autoridade policial, conforme se verifica:

Na hipótese, a envolver crimes de formação de quadrilha e homicídio qualificado encomendado, a atitude das autoridades policiais de analisar os últimos registros contidos nos celulares apreendidos é perfeitamente razoável, não havendo que se falar em lesão à intimidade ou à privacidade do corréu Francisco Leite da Silva, tampouco dos pacientes. Não há direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto, sendo certo, também, que esses não podem, a qualquer pretexto, servir de manto protetor de práticas escusas, (BRASIL, 2012).

Quanto à possível alegação de que as demais provas colhidas estariam também contaminadas pela ilicitude da extração dos dados, entende o Relator que se,

hipoteticamente, a extração dos dados armazenados fosse considerada ilícita, as demais não estariam contaminadas, pois é perfeitamente possível que essas fossem alcançadas por meios lícitos, como de fato no caso em tela foram alcançadas, tendo em vista que houve posterior pedido em Juízo, e que foi autorizado, da quebra de sigilo telefônico e da autorização para a interceptação telefônica. Ora, a quebra do sigilo telefônico traria à luz os mesmos números registrados na memória do aparelho, o que possibilitaria a posterior interceptação telefônica, fato que relata ser de praxe em crimes análogos. É o que segue:

Por exemplo, o só fato de serem apreendidos os aparelhos celulares, indubitavelmente, levaria — como de fato aconteceu — à quebra do sigilo dos dados telefônico do correú com a consequente identificação dos usuários das linhas móveis e fixas que com ele mantiveram contato, mormente na data do cometimento do crime — trâmite esse, friso, típico e de praxe em casos análogas aos dos autos, (BRASIL, 2012).

O voto, como visto, foi em sentido a denegar o *habeas corpus* ao paciente, ponderando as garantias constitucionais, as quais não restaram violadas *strictu sensu*, e foram, pois, relativizadas em conformidade com a lei e os princípios que regem o estado de direito, pois como fora lembrado pelo senhor Ministro, a lei não tem como objetivo proteger o criminoso.

4.2 Decisão desfavorável a extração de dados

Para que se entenda o caso, como feito acima, é importante que se contextualize os fatos com a época do ocorrido, analisando brevemente os momentos processuais mais importantes em primeira, segunda e terceira instâncias.

O processo que deu origem ao *habeas corpus* que será analisado foi registrado sob o número 0004559-75.2014.8.22.0501 e distribuído dia 19 de março de 2014 para 1ª Vara de Delitos de Tóxicos, da comarca de Porto Velho, Rondônia. É possível verificar no site do Tribunal de Justiça de Rondônia, na decisão proferida pelo Juiz de primeira instância, que a denúncia narra a aquisição por parte do denunciado, entre os dias 11 e 18 de março de 2014, de 300 comprimidos da droga *ecstasy*, tendo recebido a mesma por encomenda postal no dia 18 de março daquele ano.

Importante trecho da decisão proferido em primeira instância faz menção à nova perícia realizada no aparelho celular, dessa vez com autorização judicial. Conforme se verifica:

Após a apresentação das alegações finais, este juízo foi intimado da decisão proferida pelo STJ para cumprimento de ordem judicial que determinou o desentranhamento da perícia de extração de dados e informações do celular apreendido com o acusado Leri Souza e Silva, o que foi cumprido. Em obediência à decisão do STJ, após o desentranhamento do documento foi determinada a realização de nova perícia, com a devida autorização judicial, como prova do juízo. (RONDÔNIA, 2016)

A sentença ocorreu em 12 de dezembro de 2016, restando condenados o réu que adquiriu e quem lhe forneceu as drogas, sendo remetidos os autos ao Tribunal de Justiça em 24 de fevereiro de 2017, para julgamento da apelação.

O recurso foi distribuído em segunda instância no dia 03 de março de 2017, cujo acórdão foi proferido em 02 de agosto de 2017 e publicado em 09 do mesmo mês. A decisão do recurso foi parcialmente favorável ao impetrante, cuja análise em minúcias não merece atenção para o presente assunto, pois apenas afastou o crime previsto no artigo 329, CP, fazendo algumas outras alterações como a dosimetria da pena.

Paralelamente ao trâmite do processo em primeira instância, a defesa impetrou um *habeas corpus* que chegou até a instância superior, o Superior Tribunal de Justiça, pleiteando, dentre outros, a nulidade da prova pericial feita no aparelho celular ao arripio da lei. O HC em segunda instância foi recepcionado sob número 0007083-93.2014.8.22.0000, distribuído em 07 de julho de 2014 e julgado em 06 de agosto do mesmo ano.

A decisão do HC no STJ deu-se em conformidade com o Relator senhor Ministro Nefi Cordeiro, que em seu voto diz tratar-se de caso em que o paciente foi denunciado pelos crimes previstos no artigo 33 e 35 da Lei 11.343/2006, Lei de Drogas, e pelo disposto no artigo 329, CP.

No caso em tela, a extração se deu em dados armazenados no aparelho celular, mais especificamente no aplicativo de troca de mensagens Whatsapp, sendo que o remédio constitucional foi denegado no tribunal de origem, conforme se verifica no entendimento do Tribunal de Rondônia, citado pelo Relator:

Habeas corpus. Processo Penal. Tráfico de drogas. Prova pericial. Nulidade. Transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho apreendido. Inocorrência de prova ilícita. Ordem Denegada. 1. É válida a transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho celular apreendido com o paciente por ocasião de sua prisão em flagrante pois estes dados não gozam da mesma proteção constitucional de que trata o art. 5º, XII. 2. Ordem denegada, (BRASIL, 2016).

A decisão do tribunal de origem entra em conformidade com o já exposto entendimento do STF no ano de 2012, e segue o Relator citando dela.

Conforme o tribunal de origem, a autoridade policial tomou conhecimento do ato criminoso por denúncia anônima, que afirmava que o paciente receberia drogas através do serviço postal, momento em que a autoridade policial passou a acompanhar a entrega das cartas ao denunciado.

Quando o mesmo recebeu as encomendas, foi verificado que dentre elas encontravam-se 300 (trezentos) comprimidos da droga *ecstasy*, sendo apreendido o aparelho celular e dele fora feita a extração dos dados contidos no aplicativo. Conforme justificativa da autoridade policial, tal ato estava lastreado no artigo 6º do CPP.

O tribunal de origem, ao elencar a aplicabilidade no artigo 6º do CPP, não entende como discricionária a atitude da autoridade policial, sendo ela vinculada à letra da lei, conforme se verifica na citação do Relator:

Nota-se que o legislador não atribuiu discricionariedade ao ato impugnado, pelo contrário, determina que a autoridade policial realize as ações descritas nos incisos do referido artigo, (BRASIL, 2016).

O entendimento do tribunal de origem, ainda em conformidade com o STF, diz respeito à equiparação do feito com a prisão em flagrante e a conseqüente violação do direito à privacidade da residência. Quanto à realização do exame de corpo de delito não ter sido feita por perito oficial, o entendimento é sobre a validade do feito, tendo em vista a fé pública da autoridade policial, na condição de agente público, que deve respeitar os princípios vinculados à administração pública.

Passando para seu posicionamento, o Relator cita os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição, bem como a Lei 9.296/1996, que se entende como sendo inaplicável ao caso concreto, tendo em vista a proteção exclusiva aos dados em comunicação e não os dados armazenados, conforme já trabalhado no artigo e em conformidade com a doutrina nacional.

O Relator lança mão da Lei 9.472/1997, a qual dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, em especial no seu artigo 3º, V, *in verbis*:

Art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:
[...]
V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas.

Face ao já exposto quanto à Lei 9.296/1996, tem-se como inaplicável ao caso concreto a Lei 9.472/1997, por também prever a inviolabilidade e o segredo apenas das comunicações, e nada versando sobre os dados puramente.

Pertinente ao caso, a Lei 12.965/2014, muito bem lembrada pelo Relator, é a legislação mais específica aplicável ao caso concreto em tela e ao tema central do artigo, por prever expressamente em seu artigo 7º a inviolabilidade dos dados armazenados, *in verbis*:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
[...]
III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

O Relator alega que tal violação é possível, mas careceu no caso em tela de autorização judicial, conforme se verifica:

No acesso aos dados do aparelho, tem-se de evitá-lo para não violar a intimidade do agente. Embora possível o acesso, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada, (BRASIL, 2016).

Para efetivar seu posicionamento, citou o Relator duas jurisprudências da casa, uma proferida por ele mesmo e outra pelo senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze, da Quinta Turma, porém ambas em desacordo com o caso prático analisado.

O Relator votou em favor da declaração de nulidade da prova colhida, concedendo o *habeas corpus* e citando, por fim, uma decisão do ano de 2015 da senhora Ministra da Sexta Turma, Maria Thereza de Assis Moura, em caso de violação da caixa de e-mails, caso que de fato pode assemelhar-se ao analisado.

O senhor Ministro Rogério Schietti Cruz pediu vistas aos autos para que pudesse apreciar de maneira mais apurada. Passou a contextualizar o procedimento:

Neste recurso, a questão de direito cinge-se ao reconhecimento da ilicitude das provas extraídas do aparelho celular do recorrente, ante a ausência de ordem judicial (BRASIL, 2016).

O Ministro fez lembrar citando trechos do HC nº 91.867/PA, trabalhado anteriormente, proferido pelo STF, mas contextualiza a decisão citada à prática dos atos, em 2004, quando os celulares não tinham a mesma função que a tecnologia trouxe consigo, não sendo conectados à internet de banda larga, e salientando o trecho da decisão que alerta para o acesso aos dados de comunicação:

Como se vê, o Ministro Gilmar Mendes relata que ‘as autoridades policiais não tiveram, em nenhum momento, acesso às conversas mantidas entre os pacientes e o executor do crime e, ao apossarem-se do aparelho, tão somente procuraram obter do objeto apreendido, porquanto razoável obtê-los, os elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e da autoria, a teor do disposto no art. 6º do CPP’, (BRASIL, 2016).

O entendimento do Ministro é no sentido de não ser mais aplicável o precedente do STF para os casos análogos ao caso em tela, considerando os avanços dos telefones e de sua utilização, bem como a vasta gama de aplicativos que possuem caráter de troca de mensagens, conforme se verifica:

Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Após baixados automaticamente no aparelho celular, tais arquivos ficam armazenados na memória do telefone, cabendo ressaltar que a maioria das empresas que disponibilizam tais funcionalidades não guardam os referidos arquivos em seus servidores, (BRASIL, 2016).

O Ministro, então, trouxe ao seu voto um caso oriundo dos Estados Unidos da América, denominado de caso Riley v. Califórnia, o qual se julga desinteressante para a fundamentação do caso em tela, pois, tratando-se de um caso pátrio, a lei e jurisprudência aplicadas devem ser exclusivamente as nacionais, deixando-se para a doutrina trabalhar com os posicionamentos internacionais pertinentes ao tema. Então, o Ministro acompanha o voto do Relator, no sentido de conceder o *habeas corpus* e declarar a nulidade da prova colhida, sendo elas obrigatoriamente desentranhadas dos autos.

Após o voto do Ministro, a senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura pediu vistas aos autos.

Em seu voto, a Ministra corrobora o entendimento de que os dados armazenados no aparelho celular não gozam da proteção prevista no artigo 5º, XII, entretanto, tais dados, em seu entendimento, não se encontram desamparados, sendo sua tutela assegurada no inciso X do referido artigo.

A Ministra, em alusão ao exposto pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, acenou para a divergência internacional sobre o tema, trazendo ao seu voto uma decisão da Suprema Corte do Canadá em favor a extração de dados, o que, novamente, considera-se desinteressante para a resolução do conflito na Justiça Nacional. Opinião semelhante que se extrai do seguinte trecho do voto da Ministra, ao justificar as referências internacionais puramente para demonstrar a controvérsia e o debate internacional do assunto:

A referência à jurisprudência estrangeira tem o propósito de demonstrar que o tema objeto deste recurso, além de controverso, tem sido reexaminado judicialmente mundo afora, justamente em razão dos avanços tecnológicos que permitiram que os aparelhos celulares passassem a constituir verdadeiros depósitos da vida privada de seus proprietários, (BRASIL, 2016).

Apesar da controvérsia por ela acenada, entendeu como correto para o momento acompanhar o voto dos dois Ministros anteriormente citados, mas continua a fundamentação de seu voto:

No caso concreto, as autoridades policiais acessaram fotos, imagens e conversas existentes em aplicativo de mensagens instantâneas (whatsapp) extraídas do aparelho celular do recorrente. Não se trata, portanto, de verificação de registros das últimas ligações realizadas/recebidas ou de nomes existentes em agenda telefônica, informações tipicamente encontradas nos aparelhos antigos – como nos mencionados casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal (HC 91867) e pelo Tribunal Supremo espanhol (Sentencia 115/2013 , de 9 de maio de 2013) –, mas de acesso a dados mais profundamente vinculados à intimidade, somente passíveis de armazenamento nos modernos aparelhos multifuncionais, (BRASIL, 2016).

Entretanto, logo em seguida, a Ministra pondera sobre a possibilidade do feito não ser considerado ilícito, analisando o caso concreto, conforme se verificaria em casos onde a prova, se não colhida de pronto, poderia ser perdida, bem como nos casos onde a vítima encontra-se em perigo, como no exemplo citado, uma extorsão mediante sequestro.

A solução para o caso concreto, segundo o entendimento da Ministra, seria no sentido da apreensão do aparelho celular do paciente, com fundamentação no artigo 6º, CPP, com posterior pedido ao juízo competente a fim de que se autorize a intromissão nos dados armazenados no dispositivo, hipótese que estaria em conformidade com o disposto no artigo 7º, III da Lei 12.965/2014.

Quanto à decisão do caso em tela, ainda não se pode concluir pela pacificidade do entendimento, visto que, em consulta ao site do STJ, é possível verificar que o processo encontra-se em fase de recurso, conforme se verifica no campo de pesquisa jurisprudencial, acompanhamento processual, na aba “fases”: “30/01/2017 15:16 Remetidos os Autos (em grau de recurso) para SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL recebendo o número de controle 296635 (123)”.

É possível verificar no acompanhamento processual do recurso impetrado no processo de origem, citado no início da presente seção, que os autos foram remetidos à Defensoria Pública do Estado para intimação do acórdão no dia 18 de outubro de 2017, o qual manteve a condenação do réu e rejeitou a preliminar de nulidade alegada pela defesa, face a realização de nova perícia no aparelho celular do réu, com autorização judicial prévia, feita após o término da fase de instrução, com vistas e ciência da defesa, que foram intimadas para ratificarem ou retificarem as alegações finais já produzidas.

4.3 Conclusão da análise jurisprudencial

Analisando as decisões do STF e do STJ, conclui-se que o tema, além de importante e recente, é controverso. A senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura trouxe os entendimentos de cortes superiores internacionais com a finalidade de exemplificar o debate que o tema vem demandando, as divergências em decisões, bem como a necessidade de um olhar atual ao tema, pois o aparelho celular sofreu profundas mudanças com os avanços da tecnologia.

Fato importante a ser levado em consideração é o lapso temporal de dez anos entre os acontecimentos dos fatos. Quanto à decisão considerada favorável à extração de dados, o fato gerador da discussão ocorreu em 2004, em aparelho celular que possivelmente à época era restrito a ligações e troca de mensagens de texto, sendo devassada unicamente a lista de contatos e ligações efetuadas ou recebidas.

No segundo caso analisado, o fato gerador vai além da simples agenda de contatos, pois foram extraídos dados de conversação em aplicativos de troca de mensagens, e o aparelho provavelmente contava com acesso à internet e a uma série de outros aplicativos e dispositivos, como câmera fotográfica.

É inegável o abismo tecnológico que separa os dois dispositivos eletrônicos, bem como a finalidade a eles aplicada pela sociedade. Se antes o celular foi utilizado apenas como meio de comunicação para que executor e mandante combinassem o agir criminoso, atualmente o que se verifica é o próprio agir criminoso embarcado no dispositivo móvel, tal qual já exemplificado por meio dos verbos nucleares do tipo penal previsto no artigo 33 da Lei de Drogas.

Não foi encontrada, em momento algum, referência da extração dos dados do celular alicerçada no artigo 244, CPP, que trata da possibilidade de busca pessoal independente de mandado judicial, busca essa que se entende ser perfeitamente estendida ao aparelho celular, em conformidade com a doutrina nacional, que considera o automóvel uma extensão da personalidade, hipótese na qual é autorizada a busca sem mandado judicial.

Da primeira análise, por se encontrar suspenso o processo de origem, não será possível analisar com clareza os efeitos da prova produzida, tendo em vista que a sentença de pronúncia determinou a competência para julgar o crime de homicídio ao tribunal do júri no dia 06 de agosto de 2008, mas até o momento não foi possível verificar a realização da audiência.

Outrossim, ressalva-se que no caso em que a prova foi considerada ilegal, a mesma foi refeita dentro do processo de origem, culminando com a condenação dos réus pela prática de seus delitos. Isso demonstra que, apesar da decisão ser desfavorável em um primeiro momento, uma análise mais profunda no caso concreto demonstra que a busca do Estado em punir quem transgrede a lei não pode por ela ser limitada.

5 CONCLUSÃO

Com base no exposto e na carência de definição legal que apoie a extração de dados, até que se firme entendimento doutrinário e jurisprudencial, entende-se que a melhor opção para a efetividade da prova colhida seja a de seguir os ensinamentos da senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que sugere a apreensão do aparelho celular, com imediato pedido ao juízo competente a fim de que se autorize a extração dos dados, sem que se prejudique a investigação criminal.

Verificou-se no processo de origem do HC 51.531 do STJ que, apesar de ser considerada ilegal e ser determinado que o produto de tais provas devesse ser desentranhado dos autos, foi possível refazer a perícia no aparelho celular ainda em juízo de primeira instância.

Mesma sorte pode não ser possível em casos futuros, ou até mesmo em casos que possam estar tramitando no presente momento, portanto, reitera-se o posicionamento em sentido a cumprir a orientação acima citada, com vistas ao voto da Ministra do STJ.

Embora entenda-se que, em abordagens policiais a indivíduos suspeitos, tal medida torne-se ineficaz, pois dificilmente subsistiriam motivos suficientes para a manutenção do indivíduo em custódia até que o Magistrado autorize o pedido judicial feito pela autoridade policial. Acredita-se que tal medida seria eficaz nos casos em que o indivíduo já se encontra preso em situação de flagrância, com outros motivos bastantes para tal, sendo a extração dos dados de seu dispositivo móvel unicamente para complementar e fortalecer o inquérito policial, para que se elucide a autoria do crime, bem como a ampliação das linhas de investigação.

Considera-se também que importante seria a autoridade policial já gozar dessa liberdade em casos de indivíduos suspeitos, cuja autoria não contenha os indícios necessários para uma prisão em flagrante, possibilitando que através da análise do dispositivo sejam colhidos tais indícios. Uma possível liberação do suspeito pode vir a prejudicar todo o andamento da persecução penal, pois se não existem indícios suficientes para a manutenção do flagrante, improvável que se possibilite a apreensão do aparelho celular, possibilitando ao suspeito que destrua as provas nele contidas ou mesmo que se desfaça do aparelho.

Para que esse entendimento mude, é importante que nossos legisladores, estudiosos e Juízes passem a compreender o aparelho celular como um instrumento do crime, tal qual uma arma ou uma faca, resguardadas as devidas proporções, considerando que ambos objetos servem tanto para um uso adequado e benéfico por um cidadão comum, como para um uso prejudicial e delituoso por um criminoso.

Entretanto, o limite entre a pretensão do Estado em punir e o direito à privacidade subsistem, e é o caso concreto com suas especificidades que determinará o limite entre a

invasão da privacidade do cidadão e a proteção da sociedade, sendo difícil aplicar balizas para esta possibilidade.

BIBLIOGRAFIA:

ANGELOZZI, Gilberto Aparecido. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009. E-book. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: **Vade Mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 5-77.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: **Vade Mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 529-573.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: **Vade Mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 603-681.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 22 de out. de 2017

BRASIL. Lei N.º 4.117 de 27 de agosto de 1967. Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm> Acesso em: 7 de out. de 2017

BRASIL. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm>. Acesso em 22 de out. de 2017

BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Interceptação Telefônica In: **Vade Mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1727-1728.

BRASIL. Lei N.º 9.472 de 16 de julho de 1997. Organização dos serviços de telecomunicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em 22 de out. de 2017

BRASIL. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas. In: **Vade Mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1888-1896.

BRASIL. Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. In: **Vade Mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 2002-2006.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. Recurso em habeas corpus n.º 91.867/PA. Pacientes: DAVI RESENDE SOARES e outros. Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE

JUSTIÇA. Ministro RELATOR: GILMAR MENDES. Brasília, 24 de abril de 2012.

Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>acesso em: 20/10/2017

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus n.º 51.531/RO (2014/0232367-7). RECORRENTE : LERI SOUZA E SILVA. RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA. Ministro RELATOR: NEFI CORDEIRO. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> acesso em: 20/10/2017

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017. 2. ed. E-Book. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 08/10/2017

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

Dicionário Aurélio de Português online. Termo: **Censura**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/censura>>. Acesso em: 04 de set. de 2017

Dicionário Aurélio de Português online. Termo: **Telemática**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/telematica>>. Acesso em: 04 de set. de 2017

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24-07-96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco Civil da Internet Comentado**. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. E-Book. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 08/10/2017

JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa et al. **Constituição Federal comentada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2016. E-book. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 16. ed. E-book. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 07/10/2017

_____. **Leis penais e processuais comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 14. ed. E-book. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 07/10/2017

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PARÁ, Tribunal de justiça. Processo n.º 0000104-87.2004.8.14.0130, Vara única de Ulianópolis. Autor: Justiça Pública. Réu: FRANCISCO LEITE DA SILVA e outros. Disponível em:<

<https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessportal/consulta/principal?detalhada=true#>>

Acesso em: 20 de out. de 2017

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. Procedimento Especial da Lei Antitóxicos n.º 0004559-75.2014.8.22.0501, da 1ª Vara de Delitos de Tóxicos. Requerente: Ministério Público do Estado de Rondônia. Requerido(s): Caio Aristide de Oliveira e outros. Porto Velho, 12 de dez. de 2016. Disponível em:< <https://www.tjro.jus.br/>>. Acesso em 20 de out. de 2017

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. (645) Apelação n.º 0004559-75.2014.8.22.0501, 2ª Câmara Criminal. Apelante: Caio Aristide de Oliveira e outros. Apelado: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Desembargador Valdeci Castellar Citon Porto Velho, 02 de ago. de 2017. Disponível em:< <https://www.tjro.jus.br/>>. Acesso em 20 de out. de 2017

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. (645) Apelação n.º 0007083-93.2014.8.22.0000. Impetrante: Bruno Espiñeira Lemos. Paciente: Leri Souza e Silva Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara de Delitos de Tóxicos da Comarca de Porto Velho – RO Relator : Desembargador Valdeci Castellar Citon, Porto Velho, 19 de ago. de 2014. Disponível em:< <https://www.tjro.jus.br/>>. Acesso em 20 de out. de 2017

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2016. 3.ed. E-Book. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 21/10/2017

TELEFONIA móvel – Acessos. ANATEL, 05 jun. 2017. Disponível em:< <http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/283-movel-acessos-maio>>. Acesso em: 12 junho 2017.

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

_____. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3.