

**Dr. Márcio Jório Fernandes André**



Prefeitura Municipal de São Gonçalo do  
Amarante, PMSGGA, Brasil

[marcio\\_jorio@hotmail.com](mailto:marcio_jorio@hotmail.com)

**Sammya Karen da Costa Nogueira de  
Sá**

[sammya-sa@hotmail.com](mailto:sammya-sa@hotmail.com)

**Daniel Cavalcante Lira**

[danielcl01@live.com](mailto:danielcl01@live.com)

**José Eduardo Goyana Bento**

[eduardogoyana@hotmail.com](mailto:eduardogoyana@hotmail.com)

**Dr. Francisco Ivan de Oliveira**



Instituto Federal do Ceará, IFCE, Brasil

**Submetido em:** 30/11/2021

**Aceito em:** 19/05/2022

**Publicado em:** 20/09/2022

**O AGENTE PRESO E A ILEGALIDADE DE PROVA EXTRAÍDA ATRAVÉS  
DO ACESSO AO CELULAR SEM ORDEM JUDICIAL E A DIVERGÊNCIA  
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

---

**RESUMO**

O presente trabalho tem por finalidade mostrar a ilegalidade do acesso as mensagens do celular do agente preso, que é muito comum no mundo da segurança pública, que sem a sua autorização, configura flagrante nulidade por parte dos agentes de segurança pública, tema que vem ganhando muita relevância, e de suma importância verificar o brilhante entendimento na citação do Ministro Celso de Mello, pois está traz a constitucionalidade disposta no que concerne a constrição da liberdade sem o devido processo legal, e o nosso tema, acrescentaremos também o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que entendeu ilícita a prova extraída de acesso aos dados do celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante, quando ausente ordem judicial específica, em sendo assim, os agentes de segurança, não devem fazer devassa nos celulares com o intuito de ratificar a prisão, ou ampliar a investigação do flagranteado.

**Palavras-chave:** Prisão em Flagrante. Dados Celulares. Prova Ilícita. Devassa nos Celulares.

**THE ARRESTED INDIVIDUAL AND THE ILLEGALITY OF EVIDENCE  
EXTRACTED THROUGH ACCESS TO THE CELLPHONE WITHOUT  
COURT ORDER AND THE DIVERGENCE OF HIGHER COURTS**

---

**ABSTRACT**

This paper aims to present the illegality of accessing the cellphone messages of the arrested person, which is very common in the world of public security, and without his/her authorization configures flagrant nullity on the part of public security agents. This theme is very relevant, and it is of such importance to verify the understanding in the quote of Minister Celso de Mello, as it brings the constitutionality disposed regarding the constriction of freedom without due process of law. We will also add the understanding of the Sixth Class of the Superior Court of Justice (STJ), which considered illegal the evidence extracted from access the cellphone data seized at the time of the arrest in flagrante delicto, in the absence of a specific court order, in which case, security agents should not investigate cellphones with the intention of ratifying the arrest or expanding the investigation of the person caught in the act.

**Keywords:** Arrest in Flagrante delicto. Cellular Data. Illicit Proof. Search on Cellphones.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta um tema muito controvertido entre os Tribunais Superiores, qual seja, a legalidade ou ilegalidade no tocante a prova extraída através do acesso ao aparelho celular sem ordem judicial do agente preso, bem como as divergências entre os Tribunais Superiores. Muitos sabem que este tema está em grande discussão, pois muitos pontos são entendidos de maneiras diferentes, e por diversos operadores do direito, sendo alicerçado pela doutrina pátria.

Ademais, o estudo em questão tem como objetivo principal transparecer a ilegalidade/ilicitude do acesso as mensagens do aparelho celular do agente preso, o que ocorre comumente na esfera criminal, sem nenhuma observação aos princípios constitucionais pátrios.

Esse trabalho possui importância fundamental para proteger determinado grupo de pessoas, não importando de qual maneira ocorreram os fatos, ou o que contribuiu para a ocorrência das prisões em flagrante, mas sim os direitos dos agentes presos, como seres humanos que vivem em um Estado democrático de direito.

A escolha do tema em referência se deu pelo fato de se tratar de um assunto com enorme relevância social, e que em relação ao seu estudo se torna evidente a importância de verificar a constitucionalidade, no que concerne a constrição da liberdade sem o devido processo legal, comprometendo também a ampla defesa e o contraditório, garantia constitucional e legal que se refere a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, encontrado no art. 1º Inciso III da CF/88.

Vale ser dito que sem autorização judicial, o policial não pode consultar dados de celular de suspeito preso, e com esse entendimento a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro anulou a quebra do sigilo telefônico de um taxista acusado de exploração sexual de adolescente (artigo 218-B do Código Penal). A decisão é de 25 de fevereiro de 2021, sendo esse entendimento de alguns Tribunais Superiores, que deveria ser sumulado, para não mais gerar controvérsias entre os Tribunais estaduais.

Vejam os o entendimento do Desembargador Amado, onde destacou em um caso concreto referente ao taxista que não autorizou os policiais a analisarem seu celular. Dessa maneira, o ato dos agentes foi abusivo, e as provas que eles obtiveram, ilícitas, bem como o relator citou entendimento da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, onde diz que: "É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do Whatsapp) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular" (AgRg no HC 516.857).

Além disso, o desembargador ressaltou que a decisão que posteriormente autorizou a quebra do sigilo telefônico não foi devidamente fundamentada — medida necessária, uma vez que se trata de "gravíssima restrição a direito fundamental do indivíduo." E o juiz não ouviu a manifestação do suspeito antes de ordenar a medida. (HC 0072349-98.2020.8.19.0000).

Vejam os o que diz o Ministro Celso de Mello (2020) sobre a questão em comento:

Ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, não importando, para efeito de concretização dessa garantia fundamental, a natureza do procedimento estatal instaurado contra aquele que sofre a ação persecutória do Estado.

## 2 METODOLOGIA

A metodologia deste trabalho se deu através da nossa vivência, bem como experiências com casos concretos, onde podemos afirmar que é uma prática comum, que está inserida na essência da segurança pública nacional, complementadas por pesquisas bibliográficas, trazendo autores renomados como diversos ministros, tais como: Gilmar Mendes, Celso de Mello, George Santos, e diversos doutrinadores, sendo Avena, Cavalcante, Gomes, Lopes Júnior e o saudoso Luís Flávio Gomes, grande base para o trabalho.

Aqui, trata-se de um trabalho formulado por meio de pesquisa explicativa, pois registramos fatos ocorridos junto ao Poder Judiciário brasileiro, os analisamos e trouxemos maior reflexão ao objeto de estudo.

Além do mais, podemos também dizer que há resquícios de uma pesquisa exploratória, já que ultrapassamos do mundo natural, ou seja, saímos do mundo observador e tentamos modificar a realidade agindo, tentando mudar a realidade que se encontram os casos concretos em destaque.

### 3 AMPARO CONSTITUCIONAL

Encontra-se na nossa Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso X, o direito à intimidade e a vida privada, sendo que, deve ser respeitado pelo Estado (agentes públicos), como também pelos particulares sob pena de responsabilização por violação. Mas mesmo com as garantias esculpidas na nossa Carta Magna, temos como principal balizamento o inciso III do art. 1º, que é a "Dignidade humana", e voltando para o art. 5º, inciso XII, vejamos: "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" (Vide Lei nº 9.296, de 1996).

Leciona sobre o tema da intimidade George Santos. Vejamos:

É o mais indevassável, o jardim secreto em que o indivíduo tem o poder de rechaçar as intromissões provenientes de terceiros. Nele estão guardados os segredos, as lembranças, os sonhos, os projetos de vida, os desejos, as fraquezas e todas as incursões introspectivas que a pessoa não deseja compartilhar com ninguém. Enfim, a intimidade é o espaço no qual a individualidade reina absoluta, resguardada da curiosidade alheia. É o que exige de mais profundo no interior de alguém. Sua verdadeira essência. É o direito público subjetivo de estar só com as emoções mais íntimas, longe dos olhares indiscretos, perscrutadores e curiosos. (SARMENTO, 2009, p. 2)

#### 3.1 Entendimento no tocante ao preso em regime fechado

Temos ainda um posicionamento no que se refere ao preso em regime fechado, o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal pacificou ser possível que a administração do presídio, por motivos de segurança pública e preservação da ordem jurídica, acesse o conteúdo das cartas direcionadas aos presos. (5 STF. 1ª Turma. HC 70814, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 01/03/1994), vejamos:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF - HC: 70814 SP, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/03/1994, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP00317 RTJ VOL-0176- PP-01136).

Há, portanto, uma relativização do direito à privacidade, em nome de um interesse superior, a ordem pública, portanto conforme decidido pela Suprema Corte, o art. 5º, XII, da Constituição Federal protege a comunicação de dados e não os dados já armazenados. "A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da 'comunicação de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador" (cf. voto no MS 21.729, pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270).

Nessa mesma linha de interlocução, se posiciona Márcio Cavalcante (2017), onde ensina que:

O sigilo que a Constituição Federal protege é apenas relacionado com a "comunicação" em si e não abrange os dados já armazenados. Em outras palavras a CF só protege a efetiva troca de informações. Este é o objeto tutelado pela norma inserta no art. 5º, inciso XII, da Constituição da República. Os arquivos contidos no aparelho celular, por exemplo, não são protegidos pelo texto constitucional.

### 4 ESTUDO DE CASOS - JURISPRUDÊNCIA

Vamos então transcrever toda ementa do STJ que decidiu que é ilícita a prova extraída através de acesso aos dados de celular sem ordem judicial, entendendo ilícita a prova extraída de acesso aos dados do celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante, quando ausente ordem judicial específica. A decisão (AgRg no HABEAS CORPUS Nº 542.940 – SP) teve como relator o ministro Nefi Cordeiro, vejamos:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE PROCESSUAL. ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO RÉU. AUSÊNCIA

DE ORDEM JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça considera ilícita o acesso aos dados do celular extraídos do aparelho celular apreendido em flagrante, quando ausente de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Precedentes. 2. É reconsiderada a decisão inicial porque não se trata de implícita autorização de quebra do sigilo de aparelho com dados cuja busca se determinou. O que se tem é mandado de busca de drogas, que não traz implícita ordem de apreensão de arquivos de dados e seu acesso. 3. Agravo regimental provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos, cassando os atos de natureza decisória das instâncias de origem, a fim de que se realize novo julgamento. (AgRg no HC 542.940/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 10/03/2020)

Segundo (SARMENTO, 2009, p. 4), é importante observar esse entendimento doutrinário, pois o Tema ainda encontra divergência entre os Tribunais, mas isso não deveria acontecer, pois a Constituição Federal de 1988 é bem clara neste sentido, não deixando margem para interpretações que subverta a Ordem constitucional, vejamos:

[...] a ingerência na vida privada, sem a devida autorização da pessoa, consiste em violar direito de privacidade. Cabe indenização por dano moral pelo uso indevido da imagem que, por se tratar de direito personalíssimo, garante ao indivíduo a prerrogativa de objetivar sua exposição, no que se refere à sua privacidade.

Já no âmbito infraconstitucional, por exemplo, as normas do artigo 3º, II, III; 7º, I, II, III, VII; 10 e 11 da Lei 12.965/2014, (Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações) estabelecem diversas proteções à privacidade, aos dados pessoais, à vida privada, ao fluxo de comunicações e às comunicações privadas dos usuários da internet. A norma do artigo 7º, III, da referida lei é elucidativa ao prever a inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas (dados armazenados), "*salvo por ordem judicial*".

Vale ressaltar que, mesmo antes do Marco Civil da Internet, visando a dar corpo à garantia constitucional, o legislador infraconstitucional afirmou essa proteção no artigo 3º, inciso V, da Lei nº 9.472/1997. Na mesma linha, há a Resolução nº 73/1998 da Anatel. Disposições similares estão presentes nos regulamentos dos serviços de telecomunicação, todos com o único objetivo, salvaguardar o sigilo das informações e assegurar as garantias constitucionais, que foram conquistadas após duras lutas.

Nesse sentido, o Ministro Nefi Cordeiro (2011), Relator do RHC 51.531-RO do Superior Tribunal de Justiça, lecionou que:

Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de *whatsapp* obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial.

Igualmente, é o mesmo entendimento da Ministra do Superior Tribunal de Justiça Maria Theresa (2022) de Assis Moura ao dizer que:

Tais aparelhos multifuncionais contém hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc. Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho. É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição.

Portanto esse entendimento dos Eminentes Ministros no sentido de que se tratando de e-mail, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser necessária autorização judicial para acessá-lo, não tem diferença com relação ao celular, podendo ser aplicado o mesmo entendimento devendo-se aplicar o mesmo entendimento no acesso a aplicativos de comunicações, dada a similaridade funcional com o e-mail, pois temos ambos como meios de comunicação e a aplicação das Garantias Constitucionais.

Dessa forma, conforme decisões do Superior Tribunal de Justiça, quando uma pessoa é presa, ainda que em flagrante delito, não é possível que a polícia acesse seu aparelho celular. O mesmo raciocínio se aplica a uma pessoa abordada pela polícia que não tenha praticado infração penal, pois se para o preso em flagrante não seria possível, impensável então para uma pessoa abordada apenas.

No entanto, caso haja acesso, as provas produzidas que decorram das informações obtidas no celular devem ser declaradas nulas, em razão da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, e no caso da polícia acessar o celular de um preso em flagrante por tráfico de drogas, por localizar em seu veículo expressiva quantidade de droga, e consta uma mensagem mencionando o endereço do local em que há grande quantidade de drogas e a polícia consegue chegar ao local, exclusivamente, em razão dessa informação obtida ilegalmente, e realiza a prisão de outros agentes e a apreensão das drogas, haverá flagrante nulidade das provas produzidas, devendo os outros agentes presos serem absolvidos, que serão analisadas mais adiante, a ilicitude que preceitua o art. 157 do CPP.

Pois, o que é bastante comum, após a prática de abordagens, ou mesmo quando em prisões em flagrante, os flagranteados (presos), terem seus aparelhos celulares vasculhados, independentemente de ter ou não uma prévia autorização judicial, que seria uma garantia de Ordem constitucional, então temos uma celeuma, pois, a invasão da privacidade em contrapartida o nome dos interesses ditos coletivos de apuração da verdade? Vejo que essa celeuma deveria ser desfeita com a impossibilidade de verificação sem a devida autorização judicial.

O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos (artigo 5º, inciso X e XII da CF/88, vejamos:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;  
XII - e 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. (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

Mas o ponto crucial da temática ocorre nas hipóteses em que o preso é declaradamente o proprietário do celular e não concorda espontaneamente em desbloqueá-lo ou fornecer a senha de acesso. Nesse contexto, como deve agir a autoridade policial? Por estar em xeque a proteção a um direito fundamental (direito à intimidade e vida privada), é estritamente necessário se delinear com precisão os termos em a consulta aos dados do celular será cabível, de modo a harmonizar as finalidades do processo penal dentro de uma perspectiva constitucional, convencional e humanitária.

De outra maneira, o atual entendimento do STJ é que a autoridade policial não pode, sem prévia autorização judicial, acessar os dados constantes do aparelho celular do preso. A autorização judicial perpassa pela análise de requisitos de cautelaridade que justifiquem a imprescindibilidade da medida em detrimento do direito à intimidade do autuado.

Já em setembro de 2019 - a discussão do Tema 977 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (STF), a saber: "aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime."

O tema está em discussão no STF no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1.042.075, da relatoria do ministro Dias Toffoli. O recurso estava liberado para julgamento desde agosto de 2018 e, um ano depois, o então presidente da Suprema Corte divulgara calendário com previsão de seu julgamento naquele semestre. Passou-se mais um ano até que o recurso finalmente foi incluído na sessão virtual do Plenário do STF.

Em breve histórico do caso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ) absolvera o acusado justamente por considerar ilícita a prova produzida após a apreensão de seu telefone e acesso ao registro de chamadas e contatos encontrados no celular sem ordem judicial para tanto. O Ministério Público fluminense não se conformou e recorreu ao

Supremo, defendendo que o ato configuraria apreensão de objetos necessários à prova da infração penal, o que é permitido pela legislação brasileira (artigo 6º do Código de Processo Penal).

Ainda não pacificado e sumulado pelo STF, tendo entendimento divergente, como por exemplo, na decisão tomada no julgamento, mas diz que:

[...] é lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou a agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações à intimidade ou a privacidade do indivíduo (Constituição Federal, artigo 5º, incisos X e XII). (STF, Plenário, ARE 1042075, decisão de 30/10/2020 – Repercussão Geral)

Vem ainda a pergunta que aguarda resposta, além de que o fato é que há farta regulamentação da matéria no âmbito infraconstitucional e o Direito Comparado tem sinalizado no sentido de ser ilegal a obtenção de dados no telefone celular de cidadãos sem a prévia autorização judicial, há algum tempo, mas mesmo assim, a Autoridade Policial utiliza-se de ficções para esse acesso sem nenhum embasamento judicial, e pasmem, ainda é ratificado pelo Ministério Público, que não verifica nenhuma nulidade e oferece a denúncia, que é recebida pelo Magistrado dando assim, início a perseguição penal.

Especialmente em um momento como o atual, quando boa parte dos dados da vida privada dos cidadãos está armazenada em aparelhos telefônicos, é imprescindível que se assegure uma cláusula de reserva jurisdição, para acessar o conteúdo de um celular. Isso porque, apenas o Poder Judiciário possui a competência constitucional necessária para ponderar entre os direitos constitucionais à vida privada e ao sigilo das comunicações e os interesses de uma investigação de natureza penal.

Mas, todavia, em recente julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Habeas Corpus Nº 89.981 - MG (2017/0250966-3), vejamos o entendimento na Ementa:

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas – WhatsApp).
2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ.
3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.

Então, de acordo com (LOPES JUNIOR; MORAIS DA ROSA, 2017) que defendem que a temática partia de uma premissa equivocada, ou seja, de que o conteúdo digital estava no aparelho e, assim, tal qual outro objeto apreendido poderia ser analisado pela autoridade policial. Sendo que esse equívoco decorre do fato de que a intimidade e a privacidade armazenadas no dispositivo transcendem os limites analógicos de bens materiais, abarcando aspectos que se reconheceu tutela de direitos fundamentais. (ROBL FILHO, 2010)

## **5 ANÁLISE DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL**

Em se falando em perseguição penal, e no devido processo legal, autor e réu almejam provar suas alegações objetivando o livre convencimento do magistrado. Ressalte-se que em matéria criminal, considerando a presunção de inocência do acusado, o ônus da prova caberá à acusação, o que não impede que a defesa possa produzir elementos de convicção para a sua defesa.

O direito à prova, mesmo sendo de ordem constitucional e processual, sem fugir do devido processo legal, oportunizando a ampla defesa e o contraditório, não é absoluto apresentando limitações tanto em relação ao objeto quanto em relação aos meios de produzi-la. Sua admissibilidade consiste em uma valoração

prévia com o objetivo de evitar que elementos ou meios de provas vedados pelo ordenamento jurídico pátrio adentrem no processo e sejam considerados pelo juiz em seu julgamento.

A Constituição Federal de 1988 tem um comendo que é claramente explícito no inciso LVI do art. 5º que: "são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito no processo penal." No mesmo sentido, o CPP, em seu art. 157, com redação dada pela Lei 11.690/08, determina: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais."

Então, prova ilícita em si, há também a que decorre dela chamada *prova ilícita por derivação*, existente no processo penal brasileiro, inspirada no direito norte-americano que criou a teoria "*fruits of the poisonous tree*", a teoria da árvore dos frutos envenenados, essa construção doutrinária consiste na inadmissão de prova, ainda que produzida licitamente, mas que decorra de uma prova considerada ilícita. Tal teoria encontra-se positivada no § 1º do art. 157, do CPP que dispõe que "São também inadmissíveis as provas derivadas das provas 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."

Havendo prova ilícita esta deve ser inadmitida, sem obstaculizar a continuidade regular do processo criminal que contenha provas livres de ilicitude e que não tenham sido contaminadas por aquela, então estamos diante da serendipidade, que é o encontro fortuito de provas.

Portanto, leciona Tourinho Filho no mesmo sentido de que as provas ficam contaminadas quando obtidas por meios ilícitos, vejamos:

[...] se a despeito de ter havido prova ilícita existirem outras provas autônomas e independentes e que por si sós autorizam um decreto condenatório, não há cuidar de imprestabilidade da prova. A ilicitude de uma não contamina a outra, se esta, óbvio, tiver origem independente. (TLOURINHO FILHO, 2009)

Mas, a flexibilização a teoria dos frutos da árvore envenenada, entre elas, a teoria da descoberta inevitável, trazemos o entendimento do Mestre Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, onde:

[...] se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real, com violação legal. (TÁVORA, 2010)

Depois de um grande período de trevas nos direitos e garantias individuais, e com o advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina e a jurisprudência posicionaram-se no sentido de que em hipótese nenhuma a prova ilícita poderia ser aceita por mais relevante fato por ela apurado, em razão não só da previsão constitucional, mas da proteção ao cidadão que tal vedação representa contra eventuais ações abusivas do Estado.

Conforme ensina o então Ministro Alexandre de Moraes:

[...] essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, devendo permitir-se sua utilização. (MORAES, 2006)

Nestor Távora (2010), na bibliografia já citada acima, considera que esse entendimento deve ser empregado para preservar os interesses do acusado. Assim, afirma que "nesta linha, se de um lado está o jus puniendi estatal e a legalidade na produção probatória, e o do outro o status libertatis do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício." É o caso de convalidação de provas ilícitas em prol do princípio da presunção da inocência.

No entanto essa não é a corrente majoritária da doutrina e jurisprudência, mas tem trazido questionamentos quanto às prioridades que o juiz deve ter em seu julgamento. Seria o da total legalidade, em aplicação restrita da lei, ainda que ocasione absolvição de culpados, ou o da proporcionalidade, analisando o caso concreto e as circunstâncias de obtenção da prova em tese ilícita, mas que desvenda fatos decisivos para a percepção da verdade real.

Nessa linha e sentido, segue no trecho de um julgado do Ministro Ilmar Galvão: "Não há que se anular decisão condenatória se a suposta prova ilícita dos autos não foi o único elemento de convicção, " "mas só veio a corroborar as outras lícitamente obtidas." (HC 74.599/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão)

Já em um primeiro momento, a produção de provas de forma ilícita conduz a sua nulidade por força do art. 5º, inciso LVI da CR/88 e também da decisão que a considerasse, que apesar da previsão constitucional, a prova ilícita vem sendo considerada em alguns casos esporádicos ainda que a corrente majoritária legalista desconsidere sua possibilidade em defesa da segurança jurídica garantida pelo estado democrático de direito e suas garantias fundamentais.

Segundo pontua o saudoso professor Luiz Flávio Gomes (2008, p. 37), comentando o novo teor do artigo 157 do CPP, onde aduz que: "Não importa, como se vê, se a norma violada é constitucional, ou internacional, ou legal, se material ou processual: caso venha a prova a ser obtida em violação a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de concluir pela sua ilicitude (que conduz, automaticamente, ao sistema da inadmissibilidade)."

O Ministro Rogério Schietti Cruz citou Danilo Knijnik para invocar o chamado direito probatório de terceira geração ou dimensão, que trata de "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais", então vejamos:

A menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, demonstra claramente que tais elementos vinculados à propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são "coisas" ou "qualquer elemento de convicção", para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais. (...) Enfim, o conceito de coisa, enquanto res tangível e sujeita a uma relação de pertencimento, persiste como referencial constitucionalmente ainda aplicável à tutela dos direitos fundamentais ou, caso concreto, deveria ser substituído por outro paradigma? Esse é um dos questionamentos básicos da aqui denominada de prova de terceira geração: "chega-se ao problema com o qual as Cortes interminavelmente se deparam, quando consideram os novos avanços tecnológicos: como aplicar a regra baseada em tecnologias passadas aos presentes e aos futuros avanços tecnológicos". "Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar. (KNIJNIK, 2014, p. 179)

Marçal e Masson, com precisão, destacam que, conquanto tenha sido essa a tônica da decisão, a Corte não descartou, peremptoriamente, que a depender do caso concreto, ficando evidenciado que a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular, tolhendo assim de forma abrupta os direitos e garantias constitucionais.

Portanto, a autoridade policial, como profissional de segurança pública deve analisar caso a caso, em uma ponderação de valores, se será possível verificar as conversas privadas contidas no celular de um infrator que seja preso em flagrante delito, sem prejuízo, por óbvio, de posterior controle judicial, que poderá declarar a nulidade das provas ou confirmar a licitude da diligência realizada, esse acesso ao celular não poderá ser forçado, na medida em que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (art. 5º, LXIII, da CF e art. 8º, §2º, alínea "g", do Pacto de San José da Costa Rica).

O Superior Tribunal de Justiça autoriza que, em casos excepcionais, o policial acesse os dados contidos em aplicativos de conversas de presos em flagrante, vejamos um caso concreto:

A extração de dados de aparelho celular sem autorização judicial viola o artigo 157 do Código de Processo Penal, devendo a prova ser desentranhada dos autos se da hipótese não se depreende qualquer fundamento que possa justificar a urgência, em caráter excepcional, do acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular. (STJ - RHC: 76324 DF 2016/0250822-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 14/02/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2017)

O brilhante Norberto Avena ao abordar a apreensão de cartas abertas expõe haver divergências, prevalecendo o entendimento de que se a carta já está aberta, não há de se falar em sua violação, razão pela qual não deve incidir a proteção constitucional, tendo o STJ já decidido que a violação de correspondência, com maltrato à liberdade de pensamento resguardada pela Constituição Federal somente se concretiza quando se tratar de correspondência fechada e que o princípio constitucional da inviolabilidade das



comunicações não é absoluto e o interesse público, em situações excepcionais, pode se sobrepor aos direitos individuais, sendo mitigado assim as garantias constitucionais estampadas na Constituição Cidadã de 1988.

Então, de acordo com (LOPES JUNIOR; MORAIS DA ROSA, 2017) que defendem que a temática partia de uma premissa equivocada, ou seja, de que o conteúdo digital estava no aparelho e, assim, tal qual outro objeto apreendido poderia ser analisado pela autoridade policial. Sendo que esse equívoco decorre do fato de que a intimidade e a privacidade armazenadas no dispositivo transcendem os limites analógicos de bens materiais, abarcando aspectos que se reconheceu tutela de direitos fundamentais, segundo (ROBL FILHO, 2010).

Nesse sentido, não estamos aqui com o intuito de defender o ilícito, mas que seja feito com fundamentos no devido processo legal, obedecendo as garantias constitucionais, não infringindo assim direitos que foram conquistado após duras lutas, e não queremos que estes sejam mitigados ou cerceados, pois, existem alguns profissionais de segurança pública, digo, pequena minoria, que na ânsia de aprender e/ou ratificar suas apreensões, transcendem os limites da legalidade, inobservando assim os direitos e garantias individuais da pessoa presa.

Infelizmente ainda não faz parte do nosso sistema penal brasileiro, o Juiz das garantias, pois, somente com um juiz imparcial, seria mais límpida a apuração do devido processo legal, e não com um juiz que participou sobremaneira de toda a perseguição penal, e já está com a sua convicção formada pelo seu envolvimento na ação penal, mitigando e até mesmo se contaminando pela participação na perseguição penal.

Salienta-se que não estamos tratando neste artigo de prisão, ou medida cautelar, mas sim, da aplicação de um direito constitucional que está encravado em nossa carta Magna, pois essa mitigação abre margem para conforme as brilhantes palavras do Ministro Gilmar Mendes, vejamos:

[...] a permissão do acesso direto, pelas autoridades policiais, pode estimular que pressões indevidas sejam exercidas sobre os acusados para o fornecimento de senhas de acesso a informações confidenciais. O acesso direto pode conflitar, ainda, com o direito fundamental à não autoincriminação.

Em sendo assim, urge a pacificação do tema em comento, para que os agentes de segurança pública, quer seja militar/civil ou Federal/estadual, até mesmo os guardas municipais, que em muitas ações saem do seu Mister de guardar o patrimônio do município e agem com o poder que é dado constitucionalmente as polícias, mas o questionamento que fica, é da ilegalidade das provas obtida através do acesso sem ordem judicial as mensagens dos aparelhos celulares de pessoas presas, e a urgência de ser sumulado pelo STF (Supremo Tribunal Federal), vinculando assim o entendimento para os Tribunais, fazendo com que o acesso aos dados dos celulares de pessoas presas, obedeça as garantias individuais contidas no art. 5º. da Constituição Federal de 1988, mais precisamente os incisos X e XII, onde asseveram que são invioláveis a intimidade e as comunicações.

## 6 CONCLUSÃO

Conclui-se com a pesquisa apresentada que, urge a pacificação do tema em comento, para que os agentes de segurança pública, quer seja militar/civil ou Federal/estadual, até mesmo os guardas municipais, que em muitas ações saem do seu Mister de guardar o patrimônio do município e agem com o poder que é dado constitucionalmente as polícias, mas o questionamento que fica, é da ilegalidade das provas obtida através do acesso sem ordem judicial as mensagens dos aparelhos celulares de pessoas presas, e a urgência de um tratamento mais pacificado sobre o tema.

Sendo assim, urge a necessidade de ser sumulado pelo STF (Supremo Tribunal Federal), vinculando assim o entendimento para os Tribunais Superiores inferiores, bem como os juizes de piso, e as forças policiais, fazendo com que o acesso aos dados dos celulares de pessoas presas, obedeçam às garantias individuais contidas no art. 5º da Constituição Federal de 1988, em seus incisos X e XII, para a garantia do devido processo legal.

## REFERÊNCIAS

AVENA, N. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 632, de 7 de março de 2014**. Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005**. Aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2005/7-resolucao-426>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007**. Aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2007/9-resolucao-477>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013**. Aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia e altera os Anexos I e III do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Exploração de Serviços de Telecomunicações e pelo Direito de Exploração de Satélite. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CAVALCANTE, M. A. L. Extração sem prévia autorização judicial de dados e de conversas registradas no WhatsApp®. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/dc16622ddc767e6bc1200fe5df2fbdffb>. Acesso em: 14 ago. 2021.

GOMES, L. F. (org.). **A prova no processo penal (comentários à Lei nº 11.690-2008)**. São Paulo: Editora Premier Máxima, 2008.

KNIJNIK, D. **Temas de direito penal, criminologia e processo penal**. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAFFEIS, R.; BITTENCOURT, D. **Impressões Digitais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/impressoes-digitais/337345/supremo-inicia-julgamento--mas-ainda-nao-decidiu-se-policia-pode-ou-nao-vasculhar-celular-de-suspeitos-sem-ordem-judicial>. Acesso em: 20 jun. 2021.

MARÇAL, V.; MASSON, C. **Crime organizado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS DA ROSA, A. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revsita dos Tribunais, 2006.

ROBL FILHO, I. N. **Direito, Intimidade e Vida Privada: Paradoxos Jurídicos e Sociais na Sociedade pós-moralista e Hipermoderna**. Curitiba: Juruá, 2010.

SARMENTO, G. **Danos Morais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

STF. 1ª Turma. HC 70814. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 01/03/1994.

STJ – RHC. Prova. Sigilo de correspondência. Violação. A violação de correspondência, com maltrato à liberdade de pensamento resguardada pela Constituição Federal somente se concretiza quando se tratar de ‘correspondência fechada’. De outro lado, a apreensão de documento, representado por minuta de carta já remetida, mediante autorização judicial, não representa afronta ao direito assegurado pelo art. 5.º, X da CF

(intimidade da vida privada, etc.) porque idêntica proteção é reservada à honra das pessoas.” (RHC 6.719 – SP – DJU de 8-6- 98, p. 178).

STJ. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer, RHC n. 92.009/RS, julgado em 10/04/2018. DJe de 16/04/2018.

STJ. 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, REsp 1.727.266/SC, julgado em 05.06.2018. DJe de 15/06/2018.

STJ. 5ª Turma. Rel. Min. Ribeiro Dantas, RHC n. 90.276/MG, julgado em 13/03/2018. DJe de 21/03/2018.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. A. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Prática de processo penal**. 27. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2006.

TROURINHO FILHO, F. da C. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.  
Volume 1