



**UFC**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**

**FACULDADE DE DIREITO**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**CURSO DE DIREITO**

**JOÃO VITOR GONÇALVES DA COSTA**

**ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES DE DEVISSA DOS DIVERSOS CONTEÚDOS  
CONTIDOS NO APARELHO CELULAR PELA AUTORIDADE POLICIAL**

**FORTALEZA**

**2021**

JOÃO VITOR GONÇALVES DA COSTA

**ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES DE DEVISSA DOS DIVERSOS CONTEÚDOS  
CONTIDOS NO APARELHO CELULAR PELA AUTORIDADE POLICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Departamento de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

C873a Costa, João Vitor Gonçalves da.  
ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES DE DEVASSA DOS DIVERSOS  
CONTEÚDOS CONTIDOS NO APARELHO CELULAR PELA AUTORIDADE  
POLICIAL / João Vitor  
Gonçalves da Costa. – 2021.  
55 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do  
Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.  
Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

1. Direito Processual Penal. 2. Devassa do aparelho celular. 3. Conversas em  
aplicativos de mensagem instantânea. I. Título.

CDD 340

---

JOÃO VITOR GONÇALVES DA COSTA

**ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES DE DEVASSA DOS DIVERSOS CONTEÚDOS  
CONTIDOS NO APARELHO CELULAR PELA AUTORIDADE POLICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Departamento de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. MSc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Msc. Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À Deus.

À minha mãe, Lisimeire e à minha avó  
Cleonice.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha mãe Lisimeire Gonçalves e à minha avó Maria Cleonice, primeiramente, por estarem sempre ao meu lado e me darem todo o suporte afetivo e financeiro para que eu fosse em busca dos meus objetivos. Segundamente, por me ensinarem tudo sobre a vida e me ajudarem na formação do meu caráter.

A minha irmã Larissa. Apesar das diversas brigas está sempre ao meu lado em todos os momentos trazendo a minha árdua caminhada momentos mais leves e felizes. Ao meu irmão Yago da Silva Costa por ter vivido junto comigo até seu último dia de vida e ao meu irmão Miguel Ednardo Lourenço Costa por me contagiar com sua alegria.

À toda a minha família, na pessoa do meu pai José Valmir, meus avós Maria Creuza Pereira da Costa e Damião Danozar da Costa e nas pessoas de meus tios, Fernanda Gonçalves Maia, Rosiane Gonçalves, Cícero Gonçalves por todo o bem querer e todos os laços afetivos que construímos ao longo desses anos.

Aos irmãos que a vida me deu, Edgar Zóe, Christian Ferreira, Alana Martins, Italo da Silva Barbosa, Gustavo Azevedo, Carolina Linge, Sabrina Linge, Emanuel Linge, Daniela Gomes, Jéssica Rayane da Silva, Elias Neto, por sempre me trazerem brilho mesmo nos dias mais obscuros.

Aos irmãos que fiz nessa salamanca, Maria Letícia Santos Chaves, Thamira Santana Reis Neves, Maria Keilliane de Vasconcelos Silva, Lia Ávila Diogo Matos, Gisele Costa Siqueira, Ana Lídia Lira, por compartilharem comigo meus piores e melhores momentos nesses 5 (cinco) anos de formação acadêmica.

Aos amigos que adquiri ao longo dos anos, Marcus Braga, João Gabriel Araújo, José Danilo Arruda, Jennifer Castro, Jefferson Soares, Brenda Teixeira, Hellen Gomes, João Guilherme Ribeiro, Vitória Sousa, Levi de Jesus Andrade, Fábio Almeida, Naiane Sousa Rodrigues, Natanael Fernandes, Jessika Maria Pinheiro, Ana Paula de Queiroz e Franklin Geronymo Sousa.

A todos os meus colegas de turma, os quais fiz diversas cadeiras, pelas aulas, reflexões e estudos.

Ao Curso Pré-Vestibular Paulo Freire, por ter sido um projeto de extrema importância na formação do meu caráter e por me proporcionar momentos de

extrema alegria e aprendizagem, mudando minha vida sempre para melhor, tenho orgulho de ter feito parte da família PF.

Agradeço imensamente os lugares em que estagiei, sendo eles: 24° Vara Cível de Fortaleza, nas pessoas de Ticiane Maria Ramalho Lima Sombra, Rociclenia Fragoso Vieira, Adayde Monteiro Pimentel e Leonardo Magalhães Dutra; 20° Juizado Especial Criminal, nas pessoas de Alúcio Gurgel do Amaral Júnior, Ana Paula de Oliveira Adriano, Stephanie Lara Soares Matos, José Kleber Lobo Leite e Raimundo Carlos Urcezino; Ministério Público, especialmente ao GAECO, nas pessoas de Luana Lima de Oliveira, Brena Bezerra dos Santos, Adriano Jorge Pinheiro Saraiva, Glaucia Stela Neves Tavares, Marcus Euler Rodrigues Barrocas, Luciana Costa Girão Pierre, Kayan Miranda e Maria Gabriela de Melo.

Aos meus amigos do “E-SIM” nas pessoas de Matheus Carvalho, Jorge Herrera de La Torre, Ahmed Kilani, Artur Domingues, Daniel Victor Rodrigues, Myllerd Kesley, Ian Marques Cruz, Matheus Almeida Bezerra-Karounis, Luis Mauro Sobotyck, Luis Eduardo Araujo, Guilherme Aguiar e Luan Alhadas, por terem trazido leveza aos meus dias, compartilhando comigo diversos dias de suas vidas.

Ao Prof. Dr. Samuel Arruda Miranda, por todo o conhecimento passado e orientação neste trabalho e me ajudar a me tornar não só um estudante, mas também um pesquisador e um excelente profissional da área do direito.

## RESUMO

Apresentam-se as problemáticas da devassa dos conteúdos contidos no aparelho de telefonia celular (*smartphones*) pela autoridade policial, à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, bem como, expõem-se os 3 (três) principais posicionamentos dogmáticos acerca do tema. Examinou-se as principais correntes doutrinárias em relação ao assunto, objetivando, além de apresentá-las, proporcionar uma análise crítica das mesmas, demonstrando suas diferenças interpretativas, seus principais pontos e a problemática trazida por cada uma. A pesquisa utilizou-se principalmente de livros, artigos jurídicos, legislação, sendo, portanto, uma pesquisa bibliográfica. Contudo, as questões abordadas neste trabalho são extremamente complexas, fazendo-se necessário observar também as jurisprudências, principalmente, o atual incidente de repercussão geral que tramita no Supremo Tribunal Federal, onde examinam-se os votos dos Ministros já proferidos a fim de buscar uma pacificação jurisprudencial e apontar os problemas e possíveis soluções, para melhor adequação da problemática às normas postas, bem como, possibilitar uma melhor e mais justa prestação de tutela jurisdicional.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Devassa do aparelho celular. Conversas em aplicativos de mensagem instantânea.



## **ABSTRACT**

This academic study presents the problems in inquiry of the contents contained on cell phone devices (smartphones) granted by the police authorities, according to the constitutional and infra-constitutional principles, as well as the 3 (three) main dogmatic stances on the subject also presented. The main doctrinal currents related to the subject were examined, aiming, in addition to presenting them, at providing a critical analysis of them, demonstrating their interpretative differences, their main points and the problems brought individually. The research used mainly books, legal articles, legislation, being, therefore, a bibliographic research. Nonetheless, the issues addressed in this work are extremely complex, making it necessary to also examine the jurisprudence, mainly, the current incident of general repercussion that is being processed in the Federal Supreme Court, where the votes of the Ministers, already rendered, are examined in order to seek a jurisprudential pacification and to identify the problems and possible solutions, for better adaptation of the problematic to the norms put in place, as well as to allow a better and fairer provision of judicial protection.

**Keywords:** Criminal Procedural Law. Get in of the cell phone. Conversations in instant message in applications of mobile phone.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
CPP	Código de Processo Penal
CF	Constituição Federal
HC	Habeas Corpus
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
DJ(E)	Diário de Justiça (Eletrônico)

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>BREVE ANÁLISE SOBRE A FASE INQUISITORIAL NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>16</b>
<b>2.1</b>	<b>Do Inquérito Policial</b> .....	<b>17</b>
<b>2.1.1</b>	<b><i>Características do Inquérito Policial</i></b> .....	<b>19</b>
<b>3</b>	<b>DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>23</b>
<b>3.1</b>	<b>Da prova documental</b> .....	<b>26</b>
<b>3.2</b>	<b>Da busca e apreensão</b> .....	<b>27</b>
<b>3.3</b>	<b>Da Interceptação Telefônica e Telemática</b> .....	<b>29</b>
<b>4</b>	<b>ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES DE DEVASSA DOS DIVERSOS CONTEÚDOS CONTIDOS NO APARELHO CELULAR</b> .....	<b>32</b>
<b>4.1</b>	<b>Celular apreendido em flagrante delito</b> .....	<b>38</b>
<b>4.2</b>	<b>Celular apreendido em vista de mandado de busca e apreensão</b> ...	<b>43</b>
<b>5</b>	<b>INCIDENTE DE REPERCUSSÃO GERAL NO STF</b> .....	<b>46</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>49</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>52</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal sempre foi visto sob égide das garantias e princípios constitucionais e infraconstitucionais, por ser um direito que visa proteger os bens jurídicos mais preciosos da sociedade e também por ser o mais invasivo na esfera pessoal dos sujeitos (indivíduos cometedores do delito), sendo considerado *ultima ratio*.

Essas garantias permeiam todo o processo penal, desde investigações que dão-se antes do início da persecução penal, até o fim do processo penal, com a condenação ou absolvição do réu.

Contudo, o avanço tecnológico tem trazido cada vez mais mudanças na sociedade, sendo necessário a adequação dessas garantias e princípios pré-existentes, de épocas onde jamais se imaginaria todo o aparato tecnológico que temos nos dias atuais, aos novos meios de vida da sociedade e às novas aparelhagens tecnológicas.

Os documentos escritos estão sendo substituídos por documentos virtuais, os álbuns impressos estão sendo substituídos por álbuns em redes sociais e, portanto, o direito penal precisa acompanhar essas evoluções.

Uma das maiores evoluções foi a do aparelho celular, ou melhor, os atuais *smartphones*. Sendo utilizado como meio de comunicação instantânea (através de aplicativos), como bloco de notas e bloco de rasuras, como câmera fotográfica, como aparelho de telefonia (para realizar e receber ligações), como agenda pessoal, onde se salva não só a agenda de contatos, mas também todos os compromissos pessoais e diversas outras funções, todas essas funções dentro de um único aparelho.

Portanto, um único aparelho tecnológico pode ser visto pelo direito sob diversos olhares, não sendo diferente para o direito penal e processual penal, onde o aparelho de telefonia celular tem causado diversas discussões doutrinárias e divergências jurisprudências sobre qual perspectiva guiaria o entendimento do eletrônico, ou até mesmo, se não seria possível ser regido por mais de uma perspectiva diferente.

Ocorre que esses diversos panoramas sobre os quais os aparelhos de telefonia móvel podem estar inseridos, também alteram as diferentes proteções

jurídicas que irão reger os mesmo, pois, em cada perspectiva, modificam-se os princípios e as garantias que os amparam.

Atualmente existem 3 (três) correntes distintas, onde 2 (duas) são mais difundidas e majoritárias na doutrina e jurisprudência atual e uma nova corrente que vem surgindo no meio jurídico, mas ainda não alcançou grandes proporções, sendo, ainda, tímida a sua influência.

A importante questão seria, portanto, uniformizar o entendimento jurisprudência acerca do assunto, de acordo com a norma constitucional, a fim de evitar abusos cometidos pela autoridade policial ou reconhecer, de logo, a competência da polícia para devassa dos aparelhos celulares.

Contudo, não se trata de uma tarefa simples. As novas tecnologias fazem com que surjam novos conflitos entre normas ou mesmo interpretações diversas de normas preexistentes, a fim de inserir essas novidades tecnológicas dentro das regras antigas e já postas.

Se faz mister um estudo aprofundado acerca das diversas teses sobre a possibilidade de devassa do conteúdo do aparelho celular pela autoridade policial com ou sem autorização judicial e os diversos conteúdos que o aparelho atualmente guarda em seu armazenamento interno, porquanto, reúnem-se nos celulares diferentes materiais, como fotos, documentos, mensagens, registros de ligações, entre outra coisas, que constitucionalmente possuem proteções diferentes, tudo isso, dentro de um único aparelho de telefonia celular.

O estudo foi feito através de pesquisas bibliográficas e jurisprudências. Onde foi possível distinguir 3 (três) correntes principais acerca do assunto.

Este trabalho, encontra-se dividido em 4 (quatro) partes. A primeira trata do Inquérito Policial e suas características, em vista que as apreensões dos celulares normalmente ocorrem nesta fase pré-processual.

Na segunda parte, visa-se explicar, resumidamente, o que é a prova no processo penal, bem como, uma análise das espécies de prova que encontram-se direta ou indiretamente envolvidas com o aparelho celular. Diante disso, intenta trazer os desafios que o aparato tecnológico ocasionou no processo penal, bem como, trazer insuficiências no tocante a suas definições.

A terceira parte, adentra no cerne da problemática apresentando as 3 (três) teorias acerca da devassa dos diversos conteúdos contidos no aparelho de

telefonia celular, apresentando as argumentações positivas e as críticas em relação a cada uma delas.

Por fim, o último capítulo, resume o incidente de repercussão geral no STF sobre o tema, demonstrando os argumentos apresentados pelo Ministério Público e pelos Ministros que já apresentaram seu voto.

## 2 BREVE ANÁLISE SOBRE A FASE INQUISITORIAL

O Direito Penal surgiu com o objetivo de proteger valores de extrema importância na sociedade. Com essa necessidade de proteção de valores o Estado monopolizou o poder punitivo (*jus punitionis*), que, após a prática de determinado delito, transforma-se de um poder abstrato para um poder concreto, passando a existir, portanto, o poder de punir (*jus puniendi*).

No sistema penal brasileiro este *jus puniendi* inicia-se normalmente com na fase inquisitorial, com a elaboração de um Inquérito Policial<sup>1</sup>. Contudo, os procedimentos inquisitivos, pertencentes à fase inquisitorial do processo penal, são dispensáveis à propositura da ação penal pelo Ministério Público. Apesar de dispensáveis, não se pode desprezar a real importância dessa fase processual, porquanto, no sistema forense brasileiro, essa estrutura é ordinariamente usada, sendo sua ausência praticamente uma exceção à regra.

A competência para investigar e elaborar o inquérito é determinada no Código Penal no Título II do livro I, onde confere à polícia judiciária a função de buscar pelos indícios mínimos de autoria e materialidade da transgressão penal cometida: “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”<sup>2</sup>

É de conhecimento público que na fase inquisitorial existe uma mitigação dos direitos do investigado, como por exemplo, a mitigação de princípios constitucionais como do contraditório. Nesse contexto, a autoridade policial possui discricionariedade de quando e de quais diligências realizar para apuração dos fatos.

Entretanto, essa discricionariedade não justifica a arbitrariedade da autoridade policial ao escolher as diligências a serem realizadas aptas à esclarecer o fato investigado, devendo existir liberdade, mas motivada, não cabendo

---

<sup>1</sup> O Inquérito Policial é o procedimento mais comum na fase inquisitorial para se buscar a autoria e a materialidade do delito, contudo, não é o único procedimento existente.

<sup>2</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de fev. 2021.



indeferimento de diligência que seja requerida pelo investigado ou pelo ofendido sem que haja uma justificativa para tal indeferimento<sup>3</sup>.

O próprio pacote anticrime<sup>4</sup> (Lei 13,964 de 24 de dezembro de 2019) veio para demonstrar de uma vez por todas que, apesar de mitigados, essas garantias constitucionais não deixam de surtir efeitos.

## 2.1 Do Inquérito Policial

Cumpre-nos destacar a diferença entre o inquérito policial e a investigação propriamente dita. O inquérito seria, portanto, o documento que finda a investigação criminal, após a obtenção de um resultado, normalmente obtido pela investigação<sup>5</sup>. Ou seja, a investigação é utilizada para embasamento do relatório final constante no inquérito policial, onde é feito o indiciamento dos indivíduos.

O inquérito policial pode ser iniciado de ofício, pela autoridade policial, através de portaria, auto de prisão em flagrante, pela requisição do Ministério Público ou por requerimento da vítima ou representação da parte ofendida.

Vale gizar, que a instauração do inquérito policial mediante auto de prisão em flagrante é o meio de instauração mais comumente utilizado e está disciplinado no artigo 301 ao artigo 310 do Código de Processo Penal. Sendo os artigos arts. 302 e 303 importantes para esclarecimento quanto a definição e as hipóteses em que podem ocorrer o flagrante delito:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:  
I - está cometendo a infração penal;  
II - acaba de cometê-la;  
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;  
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.  
Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 157.

<sup>4</sup> BRASIL, Lei nº 13.964, de 24 de dez. de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Brasília, DF, dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm). Acesso em: 01 de fev. 2021.

<sup>5</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 171.

<sup>6</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de fev. 2021.

A Lei não deixa dúvidas, o flagrante<sup>7</sup> é a infração que está sendo cometida, ou que acabou de ser cometida. Ou seja, a autoridade policial que presenciar o cometimento do delito, ou que logo após o cometimento, empreenda diligências com o intuito de deter o autor do delito, se o conseguir, deverá encaminhar de logo, o indivíduo para a delegacia para que seja lavrado o auto de prisão em flagrante, onde serão ouvidos o condutor, as testemunhas e o interrogatório do acusado<sup>8</sup>.

A fase inquisitorial é perpassada por diversas mitigações aos direitos dos indivíduos, como dito anteriormente. A própria prisão em flagrante já é per si um cerceamento dessas garantias, ora, sem nenhuma decisão judicial, mesmo que “precária” como ocorre nas prisões preventivas, o indivíduo é privado de sua liberdade de ir e vir.

Preconizando esses direitos mitigados no ato do flagrante a Constituição Federal traz em seus artigos diversas exceções para as situações de flagrante, como se vê nos artigos 5º, XI, LXI e art. 53 § 2º:

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:

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;

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:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa

---

<sup>7</sup> Acerca dos tipos de flagrante lê-se no livro: NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**, 19ª Edição - Rio de Janeiro, 2020, online.

<sup>8</sup> Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva, suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005). BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de fev. 2021.

respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.<sup>9</sup>

Daí percebem-se diversas mitigações, feitas pela própria Constituição Federal, aos direitos dos indivíduos que são pegos em situação de flagrância. Contudo, algumas outras mitigações são trazidas e apresentadas pela doutrina, como por exemplo a desnecessidade de acompanhamento de advogado no momento do interrogatório do acusado.

Ainda sobre o flagrante, temos que é dever da autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato e colher provas que sirvam para esclarecimento de fato ou circunstância, conforme se vê da leitura do art. 6º do Código de Processo Penal:

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; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;<sup>10</sup>

Ou seja, autoridade policial pode apreender qualquer material que auxilie na obtenção de provas acerca da autoria e materialidade, seja uma arma, uma foto, um aparelho de telefonia celular, cadernos ou blocos de notas<sup>11</sup>, contudo, este tema será abordado de forma mais detalhada nos capítulos a seguir.

### **2.1.1 Características do Inquérito Policial**

O inquérito policial é regido por 6 (seis) características comumente usadas, são elas: a oficialidade e oficiosidade, o formalismo, a dispensabilidade, o sigilo, e a inquisitorialidade, alguns autores, ainda acrescentam a característica da

---

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02/02/2021.

<sup>10</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de fev. 2021.

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**, 19º Edição - Rio de Janeiro, 2020, online.

indisponibilidade<sup>12</sup>, outros trazem ainda a unidirecionalidade<sup>13</sup> e a temporariedade<sup>14</sup> como característica. Cumpre-nos tecer breves resumos acerca dessas características.

A oficialidade e oficiosidade se traduzem, respectivamente, na obrigatoriedade da condução do inquérito pela polícia judiciária e na desnecessidade de provocação para que o mesmo seja instaurado.

De acordo com Sérgio Rebouças, ainda acerca da oficiosidade, havendo cometimento de alguma infração penal e tomado conhecimento pela polícia judiciária, esta pode agir ex officio<sup>15</sup>.

O formalismo significaria, que o inquérito policial deve seguir todas as regras disciplinadas na legislação, para que evitem-se nulidades. Significa, também, dizer que o inquérito deve ser sempre escrito, por dois motivos. A um, pois o inquérito destina-se a eventual oferecimento da denúncia, portanto, o Ministério Público deve possuir todos os documentos por escrito para usá-los como sucedâneo para propositura da ação penal. A dois, no mesmo diapasão a defesa precisa ter acesso a todas as documentações utilizadas para embasamento da propositura da ação penal e das investigações, a fim de possibilitar a ampla defesa e o contraditório do investigado ou acusado. Tais entendimentos foram traduzidos pelo legislador no art. 9º do Código de Processo Penal: “*Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.*”<sup>16</sup>.

A dispensabilidade refere-se à possibilidade da persecução penal independentemente da feitura do inquérito policial, ou mesmo que iniciado, não existe uma dependência de conclusão do inquérito policial para eventual propositura da ação penal. Ora, tanto nas ações penais privadas como nas ações penais públicas, o titular da ação (seja pessoa física, jurídica ou o próprio Ministério Público) se possuírem indícios suficientes de autoria e materialidade podem

---

<sup>12</sup> Acerca da indisponibilidade lê-se no livro: REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, páginas 171/172.

<sup>13</sup> Sobre a Unidirecionalidade lê-se no livro: RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 27ª Edição, Editora Atlas, 2019, online.

<sup>14</sup> Acerca da Temporalidade lê-se no livro: LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal: Volume Único**, 8ª Edição - Salvador, Editora Jus Podivm, 2020. páginas 196/197.

<sup>15</sup> REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 171.

<sup>16</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de fev. 2021.

apresentar denúncia sem a conclusão do inquérito policial, ou sequer sem a instauração do mesmo.

O sigilo não está intrinsecamente ligado ao inquérito policial, pois ao contrário, ele deve ser público, a fim de possibilitar ampla defesa e contraditório, mesmo que de forma mitigada, sendo, portanto, o sigilo uma característica pertencente a investigação, que precisa ser oculta e sigilosa, para que se obtenham os resultados esperados<sup>17</sup>. Não se pode uma interceptação telefônica ser pública em vista da ineficiência da medida cautelar, mas, após o fim da investigação, deve ser transcrita e juntada ao inquérito policial.

Como já dito anteriormente, o inquérito policial é inquisitorial, sendo feito de maneira unilateral e discricionária, sempre nos limites em que a lei estabelece, mas mitigados os princípios do contraditório e ampla defesa<sup>18</sup>.

Em relação a indisponibilidade, temos que trata-se da impossibilidade da autoridade policial arquivar o inquérito policial de ofício, devendo, em todos os casos, serem remetidos ao juízo competente, conforme art. 17 e 19 do CPP<sup>19</sup>:

Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

Art. 19. Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.<sup>20</sup>

Quanto a unidirecionalidade, traduz-se numa única finalidade do inquérito policial de apuração de fatos, não cabendo à autoridade policial elaborar juízo de valor acerca da apuração dos fatos, os exemplos da doutrina são a legítima defesa, tendo em vista, não caber ao delegado de polícia afirmar que o indiciado haveria agido sob legítima defesa<sup>21</sup>. A autoridade policial não pode, portanto, invadir as funções do Ministério Público ou do Juiz, sendo a sua função, como dito acima, meramente investigatória<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 171.

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**, 19ª Edição - Rio de Janeiro, 2020, online.

<sup>19</sup> Acerca da indisponibilidade lê-se no livro: Rebouças, Sérgio Curso de Direito Processual Penal, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, páginas 171/172.

<sup>20</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de fev. 2021.

<sup>21</sup> Acerca da Unidirecionalidade é um tema muito controverso, alguns autores afirmam que inexistente unidirecionalidade no inquérito policial.

<sup>22</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 27ª Edição, Editora Atlas, 2019, online.

Por fim, quanto à temporalidade do inquérito policial temos que não pode ser investigado o caso *ad aeternum* tendo em vista que diante do princípio da razoável duração do processo (Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII) devem as diligências serem realizadas em um lapso temporal razoável, não cabendo uma eterna prorrogação do seu prazo. É lógico, entretanto, que nos casos de difícil elucidação dos fatos existe uma dilação de prazo maior, em virtude do princípio da proporcionalidade<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal**: Volume Único, 8º Edição - Salvador, Editora Jus Podivm, 2020. páginas 196/197.

### 3 DAS PROVA NO PROCESSO PENAL

No processo penal, para que haja a condenação do infrator, busca-se reproduzir o que ocorreu no momento da infração para convencimento do juiz quanto à existência do delito (materialidade) e da certeza sobre a identidade do indivíduo que o cometeu (autoria), nisso defini-se prova.

De uma forma mais sistematizada “prova seria, em sentido amplo, demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real”<sup>24</sup>. Em sentido estrito a palavra teria três significados. O primeiro seria a prova como atividade probatória que resume-se em prova como meio de buscar a veracidade dos fatos para convencimento do juiz. O segundo significado seria prova como resultado, o que convenceu o julgador da existência de determinado fato ou situação. O terceiro prova como meio, se traduz nos meios utilizados para convicção do julgador<sup>25</sup>.

As provas começam a ser colhidas desde as investigações e/ou inquérito policial até o fim da instrução criminal. Ocorre que, o intuito das provas nas duas fases processuais é distinto, porquanto, na fase inquisitorial busca-se apenas indícios mínimos para a propositura da ação penal, enquanto na instrução criminal busca-se a verdade e a certeza do fato.

Percebe-se que durante a fase inquisitorial ainda que as provas sejam robustas para propositura da ação penal, não, obrigatoriamente, deixarão de existir dúvidas acerca da realidade fática do delito, contudo, se essas incertezas não forem sanadas durante a instrução processual, não caberia outra solução senão sentenciar o juiz pela absolvição do réu, de acordo com o artigo 386, inciso VII da Código de Processo Penal e artigo 5º, inciso LVII<sup>26</sup> da Constituição Federal<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal**: Volume Único, 8º Edição - Salvador, Editora Jus Podivm, 2020. páginas 657.

<sup>25</sup> LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal**: Volume Único, 8º Edição - Salvador, Editora Jus Podivm, 2020. páginas 658.

<sup>26</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação. BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de fev. 2021.

<sup>27</sup> 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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02/02/2021.

A própria legislação estabelece diferentes formas de tratamento entre as provas obtidas na fase inquisitória e na fase processual, pois além de na fase inquisitorial o contraditório e a ampla defesa serem mitigados, busca-se apenas indícios mínimos de autoria e materialidade do delito. Portanto, o juiz ao sentenciar deverá fundamentar sua decisão nas provas produzidas durante a instrução criminal, podendo invocar os elementos investigativos apenas de maneira complementar, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas<sup>28</sup>, conforme aduz o art. 155º do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.<sup>29</sup>

A Lei ressalva ao diferenciar as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, conferindo valor probatório próprio da instrução criminal a uma prova produzida unilateralmente e na fase pré-processual, sendo outra mitigação ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Contudo nas provas cautelares e antecipadas, no momento da instrução criminal, existe uma sujeição indireta ao princípio do contraditório, pois, apesar de serem elaboradas unilateralmente sem observância aos princípios citados, assegura-se aos acusados no momento da instrução criminal discussões em relação à admissibilidade, regularidade e idoneidade da prova, sujeitando-se portanto ao que a doutrina chama de princípio do contraditório diferido (postergado ou adiado)<sup>30</sup>.

As provas cautelares seriam aquelas em que para sua efetiva produção é necessário urgência, pois existe risco de desaparecimento do objeto da prova no decurso do tempo. Como exemplo temos a busca e apreensão domiciliar e a interceptação telefônica<sup>31</sup>. Este tipo de prova é de cunho unilateral, não sendo possível o contraditório, em primeiro momento, portanto, deve ser utilizada somente quando imprescindível à elucidação dos fatos delituosos ou para colhimento de indícios de autoria e materialidade, quando não for possível conseguir por outros

---

<sup>28</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 519.

<sup>29</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de fev. 2021.

<sup>30</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 520.

<sup>31</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 520.



meios de provas menos invasivo, pois, apesar de estar sujeito ao princípio do contraditório diferido, não pode o acusado gozar de completude de sua garantia constitucional.

Em relação às provas não repetíveis, são aquelas que produzidas em sede de inquérito policial, se tornam impossível coleta ou reprodução em juízo, por desaparecimento, perecimento ou destruição da prova, como exemplo comum, temos o exame de corpo de delito. Este também é submetido ao contraditório diferido, assim como nas provas cautelares, podendo inclusive a parte requerer a oitiva do perito em juízo<sup>32</sup>.

Por fim, acerca das provas que produzidas em juízo, observado o princípio do contraditório (as partes interessadas estão presentes), mas que contudo, é produzida antes do início da propositura da ação penal, ou antes do início da instrução criminal, como por exemplo, oitiva de testemunha que, por receio do alargamento do prazo para início da instrução criminal, é ouvida antes do início deste, por real receio de que a testemunha venha a óbito antes de dar seu testemunho<sup>33</sup>, esse tipo de prova são chamadas de provas antecipadas.

Crucial gizar que o pacote anticrime (Lei 13,964 de 24 de dezembro de 2019) trouxe inovações em relação às medidas cautelares. De acordo com a Lei o Juiz deverá intimar a parte contrária para manifestar-se no prazo de 5 (cinco) dias, exceto em casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Contudo, da análise do próprio objetivo investigativo das medidas cautelares aqui expostas observa-se que, na maioria das vezes, possuem caráter de urgência e de sigilo, em vista que, teriam todo o seu objetivo escoado caso o indivíduo da investigação fosse avisado acerca da diligência.

Contudo, a lei deixa claro que a regra é a intimação da parte contrária, sendo a não intimação exceção à regra, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

---

<sup>32</sup> LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal**: Volume Único, 8ª Edição - Salvador, Editora Jus Podivm, 2020. páginas 658.

<sup>33</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 520.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º **Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias**, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.<sup>34</sup>

Feitas essas considerações preliminares acerca da prova no processo penal compre-nos adentrar no assunto específico das provas que serão motivo de estudo neste artigo.

### 3.1 Da Prova Documental

A prova documental seria, portanto, qualquer afirmação escrita, ou gravada, que relata ou comprova o cometimento de um crime<sup>35</sup>.

Uma visão amplificada do tradicional conceito de prova documental como um escrito em um papel é de que, documento seria qualquer base de materialidade que expresse um pensamento, idéia, manifestação de vontade do ser ou até mesmo uma ação, apto a expressar e provar a existência de um fato ou acontecimento que seja juridicamente relevante, como exemplo temos: CD's, DVD's, cartas, caderneta de anotações, fotos, e-mails, pen-drives, disquetes, vídeos e sons, entre outras coisas.<sup>36</sup>

Percebe-se que faz-se necessário uma adequação entre os conceitos antigos e os novos, em vista que os meios utilizados para elaborar ou salvar um documento, mudam constantemente, com o avanço tecnológico e da própria sociedade.

É de se presumir que este tipo de prova possa ser colhido não só na instrução processual, onde as partes podem apresentar documentos para comprovar alegações ou situações fático-jurídicas, mas também podem ser coletadas em sede inquisitorial. Nesse contexto, apesar de não poder, a autoridade policial, de ofício,

<sup>34</sup>BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de fev. 2021.

<sup>35</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 27ª Edição, Editora Atlas, 2019, online.

<sup>36</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**, 19ª Edição - Rio de Janeiro, 2020, online.

realizar busca e apreensão em busca de provas documentais, pode requisitar em juízo como medida cautelar necessária para elucidação dos fatos, que, se deferida, autoriza a autoridade policial recolher as provas documentais que entender relevante para o caso e utilizá-las para fins de indiciamento.

Outra possibilidade de apreensão de documentos na fase inquisitorial é no flagrante delito. Como dito no capítulo anterior a própria Constituição Federal traz diversas exceções para as situações de flagrância. Vamos supor, portanto, que logo após um assalto a polícia persiga o flagranteado até sua casa e lá encontram diversas anotações, em um caderno, sobre como proceder o assalto, bem como, imagens do local onde foi cometido o delito, com anotações de onde ficam as porta de entrada, saídas de emergência, fotos de alguma janela no banheiro, todas essas anotações e fotografias são estritamente ligadas ao cometimento do delito, sendo, portanto, necessárias para elucidação dos fatos, encaixando-se perfeitamente como prova documental, podendo a autoridade policial apreender todos estes documentos.

Percebe-se que não só é dada a possibilidade, mas sim o dever, da autoridade policial apreender os documentos que possam servir para elucidação dos fatos delituosos ocorridos, não necessitando de prévia autorização judicial para recolhimento e análise desta categoria de prova, sendo competência dada pela própria lei.

### **3.2 Da Busca e Apreensão**

Passemos, então, à analisar a busca e apreensão. Trata-se de meio de obtenção de prova, de forma acautelatória e coercitiva, que visa procurar e apoderar-se de materiais que possuam vestígios do crime cometido<sup>37</sup>, inclusive as provas documentais, como visto e explicado no capítulo anterior. Por estar incluída dentro das provas cautelares, sujeita-se ao contraditório diferido.

O artigo 240 do Código de Processo Penal traz um rol exemplificativo de ocasiões em que é possível a busca e apreensão. Exemplificativo, em vista que é possível a aplicação em situações análogas às expressamente elencadas<sup>38</sup>:

---

<sup>37</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 662.

<sup>38</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 677.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

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

a) prender criminosos;

**b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;**

c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;

**d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;**

**e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;**

**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;**

g) apreender pessoas vítimas de crimes;

**h) colher qualquer elemento de convicção.**

§ 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.<sup>39</sup>

Para fins didáticos não vamos nos delongar ao tratar de todas as hipóteses contidas na lei. Mas precisamos fazer alguns apontamentos importantes.

Da análise dos incisos elencados percebe-se o foco em encontrar elementos de convicção acerca do delito, logicamente que não somente a isso, pois presentes incisos que tratam das vítimas e prisão de criminosos, contudo, a grande maioria dos incisos trata de buscas por indícios de autoria e materialidade<sup>40</sup>.

Uma observação importante a se fazer sobre o inciso “f” é acerca da discussão entre o direito constitucional de inviolabilidade epistolar, onde a Constituição Federal preceitua em seu art. 5º, inciso XII, o seguinte:

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;<sup>41</sup>

Enquanto uma parte da doutrina defende a interpretação literal da norma, afirmando que as cartas gozam de sigilo absoluto, outra parte da doutrina defende

<sup>39</sup>BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 de fev. 2021.

<sup>40</sup> Como por exemplo, apreensão de cartas, descobrir objetos necessários à prova, apreender coisas achadas ou obtidas por meio criminoso.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02/02/2021.

uma relativização dessa garantia constitucional, aduzindo que não existe caráter absoluto, assim a inviolabilidade epistolar, não poderia ser invocada como defesa para quem está em estado de flagrante delito<sup>4243</sup>.

Acerca do assunto cabe trazer decisão do STF acerca da matéria:

**E M E N T A: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - 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.** - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (grifo nosso).<sup>44</sup>**

Percebe-se, portanto, a relativização do direito contido no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Quando aduz que a inviolabilidade epistolar não deve servir como garantia apta a proteger práticas ilícitas.

Essa relativização tem acontecido de forma cada vez mais frequente seja na doutrina ou na jurisprudência, não somente para a inviolabilidade epistolar, conforme veremos nos capítulos a seguir.

### 3.3 Da Interceptação Telefônica e Telemática

A Constituição Federal consagra em seu artigo 5º, inciso XII o direito ao sigilo das comunicações telefônicas:

<sup>42</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 680.

<sup>43</sup> O presente trabalho não irá se delongar na discussão acerca da inviolabilidade epistolar. Recomendamos, entretanto, a quem interessar o assunto o livro: REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017.

<sup>44</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1573852>. Acesso em: 02 de fev. 2021.

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;<sup>45</sup>

O próprio texto constitucional traz a exceções acerca deste sigilo, quando preceitua que através de ordem judicial esse sigilo pode ser levantado, elencando as hipóteses, quais sejam: a) para fins de investigação criminal; b) para elucidação de fatos na instrução processual penal; demonstrando aqui o caráter excepcional de afastamento deste sigilo.

Portanto, não é por mera suspeita ou dúvida acerca da autoria que pode requisitar a autoridade policial representar pela quebra do sigilo telefônico, por se tratar de medida extremamente invasiva e de restrição à direito individual constitucional é necessário a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*<sup>46</sup>.

A diferenciação entre a interceptação eletrônica e telemática é a seguinte:

Designamos por *interceptação eletrônica* a captação e o registro de comunicações havidas por meios informáticos, com transmissão pela rede mundial de computadores, como o correio eletrônico (*e-mail*). De outro lado, por *interceptação telemática* entende-se a captação e o registro de comunicação havida mediante a transmissão de escritos e mídias audiovisuais (áudio, vídeo, fotografia) pela utilização de instrumentos telefônicos, associados a sinais da rede mundial de computadores.<sup>47</sup>

Portanto, percebe-se a diferença de proteção entre as conversas ocorridas no aparelho celular e dos dados (registros) que são guardados no aparelho, onde a comunicação em si recebe proteção constitucional, já esses dados não.

Importante anotação se faz pela intenção do legislador de relativizar, inclusive as conversas. Ora, sabendo o legislador que em ligações o teor das conversas perdem-se, pois não ficam gravadas em nenhum lugar, possibilitou que

<sup>45</sup> BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02/02/2021.

<sup>46</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 694

<sup>47</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 698

com prévia autorização judicial, estas conversas fossem interceptadas, não podendo a inviolabilidade das comunicações servir como válvula de escape para que criminosos cometessem delitos sem possibilidade de serem descobertos, tendo a autoridade policial, portanto, acesso às comunicações, inclusive no momento em que estão ocorrendo.

#### **4 ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES DE DEVASSA DOS DIVERSOS CONTEÚDOS CONTIDOS NO APARELHO CELULAR**

Em resumo, o aparelho celular pode ser apreendido em flagrante delito ou em busca e apreensão determinadas judicialmente. O cerne da questão, entretanto, é: Quando a autoridade policial pode ter acesso ao conteúdo do aparelho celular, e, se feita a devassa, quais conteúdos poderiam ser utilizados?

A resposta não é tão simples, e ainda não é pacificada, nem na doutrina e nem na jurisprudência que apesar de caminhar para um entendimento uniforme, este ainda não aconteceu.

Um apontamento importante a ser pormenorizado é na diferenciação do aparelho celular que pode ser classificado como meio de prova documental, como registro de dados ou como quebra de sigilo de correio eletrônico.

Como já abordado nos capítulos anteriores, a prova documental não pode ser vista apenas como anotações no papel, pois cada vez mais as anotações escritas à mão ou impressas vêm sendo substituídas por inovações tecnológicas. Os aparelhos celulares vêm sendo cada vez mais utilizados pelas pessoas no cotidiano. Não é incomum a substituição das agendas físicas pelas agendas do do aparelho celular, do bloco de notas em papel pelo bloco de notas virtual, da foto impressa pela foto na galeria do aparelho telefônico. Inúmeras são as inovações trazidas pela tecnologia não podendo o direito continuar estacionado persistindo em conceituações que não condizem mais com a realidade tecnológica atual.

Quanto a perspectiva de aparelho celular como registro de dados, seria o registro telefônico como chamadas recebidas e efetuadas, hora e data, tempo de ligação, ou seja, apenas os dados de chamadas que ocorreram, sem adentrar no conteúdo das conversas e no que foi conversado, sendo que estes registros não estariam protegidos pela Constituição Federal. Outra vertente ainda aduz que as mensagens pretéritas, contidas em aplicativos de comunicação instantâneas, também comportam-se nessa perspectiva, aludindo, resumidamente, que essas mensagens não são protegidas pela constituição, pois são apenas registros de uma comunicação que já findou-se, contudo, essa visão mais abrangente é recente e minoritária, trataremos de explicá-la melhor no decorrer do trabalho.

Por fim, quanto ao aparelho de telefonia móvel como correio eletrônico, de acordo com o atual entendimento jurisprudência, definimos como as conversas



de aplicativos como whatsapp, telegram, facebook, entre outros, que estariam protegidos constitucional pelo art. 5º, XII, da Constituição Federal, e do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96.

Feitas essas considerações passaremos a discutir pormenorizadamente cada uma das hipóteses e teses em questão.

Primeiramente, entendemos que quando visto como prova documental (fotos, blocos de notas) ou como registro de dados (chamadas efetuadas e recebidas) não cabe se falar em princípio da inviolabilidade, em vista que o referido princípio não ampara os documentos, nem mesmo os dados contidos no aparelho. A Constituição Federal pretende proteger a comunicação entre os indivíduos, que, apesar de ser efetuada através do aparelho celular, estes documentos e dados que ficam armazenados no dispositivo, nada tem relação com o bem jurídico defendido pela Carta Magna.

Neste termos, vale observamos jurisprudência do STF em sede de *Habeas Corpus* nº 91.867/PA:

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

(...)

2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - **violação de registros telefônicos de corrêu**, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, **após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência.** 2.2 **Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.** 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous

tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação.

(...)

4. Ordem denegada.<sup>48</sup>

Alguns autores possuem entendimento diferente, aduzindo que os aparelhos telefônicos atuais estão sempre conectados à redes de internet e que são presentes diversos aplicativos de comunicação em tempo real, sendo que, o acesso ao celular do investigado concederia à autoridade policial livre ingresso nesses aplicativos de comunicação o que violaria o sigilo do correio eletrônico, pelo menos em tese.<sup>49</sup>

Como na doutrina, a jurisprudência também não é pacífica. Em decisão mais recente o STJ decidiu pela nulidade da prova obtida através de celular apreendido em flagrante delito em que não foi pedido prévia autorização judicial para efetivação da diligência, senão vejamos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.** 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

(STJ - RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016)<sup>50</sup>

Discordamos de tal entendimento, em vista que, não se pode confundir o acesso aos dados ou dos documentos contidos no aparelho celular que podem servir como prova indiciária, inclusive podem amparar pedido de quebra de sigilo de correio eletrônico que pode ser formulado pela autoridade policial embasada no próprio material obtido do aparelho celular, por óbvio que nunca das conversas. Não faria sentido a autoridade policial proceder com a devassa das conversas travadas nos aplicativos do aparelho celular com o intuito de obter o *fumus comissi delicti* e do

<sup>48</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 18 de fev. 2021.

<sup>49</sup> LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal**: Volume Único, 8ª Edição - Salvador, Editora Jus Podivm, 2020. páginas 822.

<sup>50</sup> Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402323677&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 01 de fev. 2021

*periculum in mora* aptos a autorizar judicialmente a quebra do sigilo do correio eletrônico.

Ora, mesmo que considerar as conversas via aplicativos como bens juridicamente protegidos não se pode estender o entendimento aos documentos e dados contidos no aparelho de telefonia celular. Ao fazer isso, o judiciário passa a dar proteção constitucional à bens juridicamente diversos e que não estão amparados pelo princípio da inviolabilidade das comunicações, ou mais amplamente, ao princípio da proteção à intimidade.

Analisadas as duas correntes majoritárias no sistema judiciário e doutrinário no Brasil, passemos a análise de uma nova corrente que ainda não possui força como as outras duas. Nesta, a idéia de que é ilícito o acesso tanto dos dados gravados acessados pela polícia ao manusear o aparelho celular, quanto dos dados eventualmente interceptados no momento em que ela acessa os aplicativos de comunicação instantânea, não se comporta nos limites do direito ao sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, previstos no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

A premissa utilizada para compreensão desse posicionamento, parte do entendimento de que a proteção constitucional é a comunicação ou a troca de dados, mas não os dados propriamente ditos. O que se deseja garantir é a impossibilidade de um terceiro interferir nessa comunicação, não o sigilo dos dados gerados por essas mesmas comunicações.

Nesse sentido, a Constituição admitiu a autorização judicial para a gravação dos diálogos telefônicos que, de outra maneira, perder-se-ia, de forma definitiva, mesmo quando relevante para a elucidação de determinado ilícito, como já dito anteriormente.

Portanto, não constitui ilícito a utilização dos dados ou registros, sempre que obtidos a partir de meios lícitos, previstos no ordenamento jurídico.<sup>51</sup>

Ou seja, as conversas efetuadas no passado são apenas registro dos dados de uma comunicação pretérita, mas não a comunicação em si, e, por serem dados não estariam submetidos a nenhum sigilo, logicamente que se lícitamente abertos.

---

<sup>51</sup> Este entendimento encontra-se em conformidade com jurisprudência do STF, como se vê no HC 91.867/PA já citado neste artigo, contudo, na jurisprudência em questão tratava como registro de dados apenas os registros das chamadas recebidas e enviadas, pois à época ainda não existiam esses aplicativos de comunicação instantânea.

Percebe-se um entendimento de que a interceptação telefônica necessita de autorização judicial não para obter os dados das conversas, mas por invadir a própria comunicação em si, no momento em que a mesma está acontecendo.

Vale acrescentar que, embora, nessa perspectiva, seja desnecessária autorização judicial a devassa das conversas feitas através de aplicativos de comunicação instantânea, não deve ser realizada discricionariamente. Sendo, portanto, necessário que a autoridade policial justifique a realização da diligência. Contudo, essa justificação realizada pela própria autoridade policial não se confunde com autorização judicial para realização da diligência.

Para elucidação do alegado, tomemos como exemplo o seguinte: Keiliane e Lia estão em ligação e Lia começa a gravar a conversa. Após o fim da comunicação entre as duas, o áudio gravado pela Lia constitui apenas dado da comunicação já efetivado, ou prova de que a mesma ocorreu, sendo que sua utilização dispensaria qualquer autorização judicial prévia. Não seria discutido acerca da necessidade de autorização judicial se a polícia encontrasse essa gravação em um CD, ou um pen-driver, por exemplo, portanto, não se pode exigir também quando estes dados estão salvos no aparelho celular.

Não se trata, portanto, de interceptação de comunicação de dados e sim de acesso a uma conversa previamente gravada, o que torna desnecessária prévia autorização judicial, o acesso pela autoridade policial afasta qualquer alegação de ilicitude da prova.

A proteção constitucional é, portanto, da comunicação em si, não podendo ser estendida aos dados, e, tampouco, a um aparelho celular que contém uma infinidade de conteúdos em seu armazenamento, configurando uma extensão descabida de uma garantia constitucional.

A suprema corte em longínquo precedente (MS 21.729/DF)<sup>52</sup> acerca da matéria , já trazia advertência fazendo-se ouvir pelo Ministro Francisco Rezek, ao dizer que:

“(...) que se consagra o instituto do sigilo bancário - do qual já se repetiu *ad nauseam*, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto. Cuida-se de instituto que protege certo domínio - de resto nada transcendental, mas bastante prosaico - da vida das pessoas e das empresas, contra a curiosidade gratuita, acaso malévola, de outros particulares, e sempre até o exato ponto onde alguma forma de interesse público reclame sua justificada prevalência.”

No mesmo precedente o Ministro Moreira Alves elencou, ainda:

Dizer-se que não é direito absoluto é uma construção; pelo texto, a inviolabilidade seria absoluta, porque ao contrário do inciso XII, nem sequer se admite a possibilidade de o juiz autorizar. Ora, em virtude até da finalidade desse direito, considera-se que é um direito relativo, e não absoluto, e que, portanto, a legislação infraconstitucional pode disciplinar as exceções a essa inviolabilidade, obviamente também pode disciplinar as autoridades que possam requisitar, seja o juiz, seja em outros casos, outras autoridades que não o juiz.

Continua, posteriormente:

(...)mesmo com relação àquelas outras comunicações, não se fala em ordem judicial, porque é ordem judicial para efeito de interceptação, mas ninguém nega que pode haver ordem judicial para busca e apreensão [...] levando-se em conta o conceito de privacidade, com um certo elastério, mesmo assim esse conceito não seria absoluto, seria relativo, e sendo

---

<sup>52</sup> Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido.

(STF - MS: 21729 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Ministro Neri da Silveira Data de Julgamento: 05/10/1995, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750432975>. Acesso em: 17 de fev. 2021.

assim aplicar-se-ia o mesmo princípio daqueles outros que também são relativos e que estão no inciso XII, que são a autorização judicial para comunicação realmente, enquanto que nos outros casos é a busca e apreensão, porque nunca ninguém sustentará que busca e apreensão ficaria barrada por inviolabilidade constitucional, senão seria o paraíso do crime.

Percebe-se que a Jurisprudência trata da apreensão de objetos e da utilização dos dados contidos nele na hipótese de busca e apreensão, contudo, o entendimento também equivale para prisão em flagrante, em que a autoridade policial é competente para apreender os objetos que tiverem relação com o fato e colher as provas que servirem para o esclarecimento do ocorrido, conforme explanado anteriormente (art. 6º, incisos I e II do Código de Processo Penal).

No mesmo diapasão se é dever da autoridade policial apreender estes objetos, não seria crível, que com o intuito de buscar elementos indiciários, necessitasse a autoridade policial de autorização judicial para colher os dados que se encontram armazenados nesses dispositivos. Tal necessidade seria incontrovérsia à própria essência da autoridade policial.

Devendo-se olhar, portanto, o aparelho celular e os diálogos ali transcritos como verdadeiros registros de dados (prova documentada) e não como comunicações. Assim como constituem dados quaisquer diálogos gravados em outros meios mecânicos como fitas, CD's, pendrives, entre outros.

Apresentada as três principais correntes doutrinárias acerca dos conteúdos que ficam salvos no aparelho celular, cumpre-nos discorrer acerca das seguintes situações:

a) Celular apreendido em flagrante delito.

- Flagranteado franqueia o acesso de seu celular à autoridade policial

- Flagranteado não franqueia o acesso de seu celular à autoridade policial.

b) Celular apreendido no momento da busca e apreensão

Cada uma dessas situações, somadas às teorias já explicadas acima, possibilitam compreender o posicionamento jurisprudencial acerca do assunto.

#### **4.1 Celular Apreendido em Flagrante Delito**

O celular apreendido durante o flagrante delito ainda pode ser classificado como próprio elemento do crime ou como meio de prova, havendo distinção do grau

de proteção jurídica entre os dois. Ora, no primeiro caso, o celular estaria sendo usado como instrumento para efetivação do delito, enquanto no segundo caso, o aparelho celular serviria para para uma possível elucidação dos fatos.

Ocorre que, no primeiro caso, se a autoridade policial tem conhecimento de que o delito estaria ocorrendo através de aplicativos de comunicação instantânea como whatsapp ou telegram, não seria preciso de autorização judicial para devassa do conteúdo criminoso (mesmo considerando o atual entendimento jurisprudencial predominante). Enquanto que, no segundo caso, o delito não ocorreu através da utilização do aparelho, contudo, podem haver indícios dos fatos delituosos armazenados no aparelho, portanto, existe uma proteção jurídica maior e de acordo com o atual entendimento jurisprudencial necessitaria de autorização judicial para devassa das conversas.

Flagranteado franqueia o acesso de seu celular à autoridade policial

Neste caso, apreendido em flagrante delito, o indivíduo assina um termo onde autoriza que a autoridade policial analise tudo que se encontra em seu aparelho celular.

Este tópico é bastante controverso, pois uma parte da doutrina defende que nenhum indivíduo autorizaria que a autoridade policial invadisse sua privacidade a fim de buscar indícios incriminatórios.

Tal autorização feriria o princípio da não incriminação que em sentido amplo de não trata apenas de não falar nada que possa incriminá-lo, mas também, de não apresentar provas que possam incriminá-lo. Outro princípio é o de desnecessidade de acompanhamento de advogado para autorizar o acesso, não sendo crível que sem mesmo conversar com seu defensor o indivíduo produza provas contra si próprio.

Sérgio Rebouças no tópico em que trata de consentimento do morador para realização de buscas domiciliares aduz:

[...] não nos parece adequado o regime legal permissivo do ingresso estatal no domicílio sob consentimento do morador. Nenhuma pessoa, em consciência adequada sobre seus direitos e garantias individuais, autoriza agente investigativo a ingressar em sua própria intimidade domiciliar, com o objetivo de buscar elementos incriminadores.

É imprópria ao caso da lógica do "não tem nada a dever", pois a própria presença do Estado policial ou fiscal no domicílio do particular já significa invasão à intimidade, potencializando o encontro de elementos aptos a servir a um interesse persecutório.

O regime em vigor apenas dá margem ao emprego de expedientes intimidantes e manipulativos por parte dos agente de investigação, no

sentido de obter do morador um consentimento viciado, movido pelo medo ou pelo engano, em transgressão, portanto, não só ao direito individual à intimidade, mas também à garantia contra a auto-incriminação.

(...)

A hipótese em foco implica, ademais, manifesta violação à garantia de assistência do imputado por um advogado, antes de ter invadida sua esfera privada em uma diligência de cunho incriminador.<sup>53</sup>

Apesar de tratar do consentimento para violação do domicílio, princípio constitucionalmente protegido pelo artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, entendemos que a argumentação aplica-se perfeitamente ao caso de autorização para violação do aparelho celular que também é um princípio constitucionalmente defendido no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, onde ambos visam proteger uma esfera da privacidade do indivíduo. No mesmo diapasão entendemos que os argumentos levantados pelo autor, no texto acima, são totalmente aplicáveis no caso de autorização para devassa do aparelho celular.

Noutra senda, os tribunais estão cada vez mais aceitando a desnecessidade de autorização judicial para devassa do aparelho celular se, em sede inquisitorial, o investigado autorizou que a autoridade policial adentra-se na intimidade do seu aparelho. Devendo-se ressaltar que nestes casos não se é feita perícia do aparelho, mas apenas um relatório técnico, em virtude da análise não ser efetuada por um perito oficial, mas pela própria autoridade policial. Somado a isso, parte da doutrina entende que, a garantia contra a auto-incriminação não impede que, em caso de querer por vontade própria, o investigado possa produzir provas contra ele mesmo. Como se vê na jurisprudência do STJ, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. CELULAR VISTORIADO NO FLAGRANTE. AUTORIZAÇÃO VOLUNTÁRIA DO ACUSADO. NULIDADE DA PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. DESNECESSIDADE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. SUFICIÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Esta Corte possui jurisprudência no sentido de que a prova produzida contra o réu, que dependa dele mesmo, só é admitida quando realizada de forma voluntária e consciente. 2. Sendo a aferição no celular, realizada pelos policiais no momento do flagrante, autorizada pelo próprio acusado, não há falar-se em ilegalidade na colheita de tal prova". (STJ - HC453.259/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 04/10/2018).<sup>54</sup>

<sup>53</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 667.

<sup>54</sup> Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86901228&num\\_registro=201801343795&data=20181004&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86901228&num_registro=201801343795&data=20181004&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 11 de fev. 2021.



Como visto nos capítulos anteriores a autoridade policial pode apreender o aparelho celular a fim de buscar a elucidação dos fatos ou como instrumento do próprio delito não podendo a intimidade como garantia de resguardo para quem encontra-se em estado de flagrância.

No Processo Penal Brasileiro não existe nenhuma obrigatoriedade na realização de perícias para análises de evidências, sejam documentos físicos ou digitais. Nos trabalhos de análises documentais ou jurídicas é dispensável o conhecimento de *experts*, em virtude da própria essência da perícia que não se confunde com uma simples análise.

Portanto, a análise de um documento digital, digitalizado ou fotografia não necessitaria, via de regra, de conhecimentos extraordinários para que fosse feita a sua análise, assim como nos documentos que encontram-se em folhas de papel. Nesse sentido cumpre-nos trazer conceituação doutrinária acerca do assunto:

Perícia é o exame realizado por pessoa que detenha “expertise” sobre determinada área do conhecimento – o perito –, a fim de prestar esclarecimentos ao juízo acerca de determinado fato de difícil compreensão, auxiliando-o no julgamento da causa.<sup>55</sup>

Nesse sentido, é fácil perceber que não é em todos os casos em que a perícia será necessária, em vista que para simples análise de um documento não é necessário essa “expertise”.

-Flagranteado não freqüencia o acesso de seu celular à autoridade policial.

Nesses casos, cabe-se apenas aos dois fatores já citados acima. Se o celular for apenas elemento de prova, poderia a autoridade policial utilizar para fins indiciários as provas documentais e os registros de dados, não podendo fazer menção a qualquer conversa feita pelo indivíduo por qualquer aplicativo. Contudo, se as conversas forem meios de cometimento do próprio delito (elemento do próprio crime), caberia à autoridade policial fazer a devassa da conversa do delito, bem como dos documentos e dos registros de dados, de acordo com o entendimento jurisprudência atual.

Passemos então aos exemplos: Letícia planejando ameaçar Thamira e comenta com João Mateus em conversa via whatsapp como pretende cometer a transgressão penal. Antes de cometer o delito, Letícia utilizou o seu aparelho celular para fotografar Thamira diversas vezes. Após, caminhou em direção à vítima e

---

<sup>55</sup> MOUGENOUT, Edilson. **Curso de processo penal** – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, página 519.

executou o delito, conforme narrou à João Mateus. Logo após o cometimento da infração penal a polícia empreendeu buscas para identificar a autora do fato, momento em que apreendem seu aparelho celular. Neste caso, o celular apreendido serviria ao processo como meio de elucidação dos fatos, como um meio de prova acessório, não tendo sido usado como próprio objeto do crime que, pelo contrário, se procedeu pessoalmente.

Agora pensemos no caso em que a polícia identifica um site e um grupo de whatsapp onde o moderador incita e faz apologia ao crime e empreendeu diligências a fim de encontrar o moderador. Ao identificar a possível identidade do infrator ao fazer a abordagem, o flagram enviando áudio onde incita os participantes do grupo a cometerem algum delito. Neste caso, o aparelho celular é o próprio instrumento do crime, não sendo um simples meio para esclarecer o ocorrido.

Entendemos que no primeiro caso, como visto acima, a autoridade somente poderia proceder com a devassa das conversas da autora e das fotografias tiradas, após autorização judicial devidamente fundamentada, onde, suas conversas poderiam servir como elementos indiciários e probatórios do cometimento da infração penal (de acordo com a atual corrente jurisprudencial majoritária).

Para a segunda teoria, apenas necessitaria de autorização judicial para a devassa das conversas, momento em que logo na apreensão a autoridade policial poderia utilizar-se das fotografias como meios indiciários.

Por fim, na perspectiva doutrinária com menos força, não seria necessário autorização judicial para devassa dos conteúdos contidos no aparelho celular, em vista que a conversa já restou finda, restando, tão somente, os dados/registros de que a mesma ocorreu, tampouco, precisaria de autorização para ver as fotografias, pois trata-se de bem jurídico não protegido pela constituição.

Pensemos, se a requerente estivesse com uma máquina fotográfica em que a fotografia é revelada instantaneamente, as fotos seriam classificadas como prova documental aptas a auxiliar a elucidação dos fatos, portanto, não é pelo simples motivo de estarem as fotografias salvas em aparelho celular que haveria uma maior proteção, não ferindo, neste caso, nenhum princípio constitucional ou processual penal.

No segundo caso, entretanto, entendemos que a autoridade policial não necessitaria de autorização judicial para devassa das conversas, tendo em vista o estado de flagrância. Ora, não pode o princípio da inviolabilidade das comunicações

telefônicas e telegráficas servir de amparo para quem encontra-se em flagrante delito, utilizando a conversa no aparelho celular (*whatsapp*) como próprio cometimento do delito. Inexistindo proteção constitucional para quem encontra-se na situação de flagrante delito.

#### 4.2 Celular Apreendido em Visto de Mandado de Busca e Apreensão

Acerca do mandado de busca domiciliar temos que o mesmo não autoriza obtenção de outros dados probatórios que invadam outra esfera de intimidade constitucionalmente protegida. A busca domiciliar já é uma invasão ao domicílio protegido constitucionalmente, portanto, ato invasivo a outras garantias não encontram-se respaldadas por uma diligência de busca realizada a um domicílio. Diante disso, a decisão que decreta a busca domiciliar deve conter autorização específica se também for autorizada a devassa de outros princípios constitucionalmente protegidos<sup>56</sup>.

Neste diapasão, em relação a devassa dos dados contidos no aparelho celular, após realização de busca e apreensão, passa apenas pela análise do celular como garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações eletrônicas, ou como mero armazenador de documentos e dados. Acerca do assunto a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça prolatou o seguinte acórdão no RHC 98.250/RS:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO AOS DADOS DE APLICATIVO CELULAR WHATSAPP. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. **Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.**

2. **Estando o decreto prisional ancorado apenas na gravidade abstrata e na quantidade não relevante de droga (41 gramas de maconha e folhas frescas prensadas de maconha pesando, aproximadamente, 2 gramas), inidônea é a constrição do recorrente.**

3. Recurso em habeas corpus provido para a soltura do recorrente MATEUS SLAVIERO, o que não impede nova e fundamentada decisão cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual, bem como para declarar a nulidade das provas obtidas por meio de acesso ao

---

<sup>56</sup> REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador, Editora Jus Podivm, 2017, página 685.

celular do recorrente, sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (grifo nosso)<sup>57</sup>.

Ou seja, no atual entendimento da jurisprudência majoritária, ao acessar as conversas do aparelho celular a autoridade policial estaria invadindo a intimidade das comunicações, outra garantia constitucional diferente da garantia da inviolabilidade do domicílio, sendo ilícita as provas obtidas da devassa desses dados, em vista que necessitaria de decisão específica sobre a matéria.

Vale acrescentar que uma corrente de juristas defende que cada vez mais as evidências dos crimes são armazenadas em meios digitais, possuindo ontologicamente natureza de prova documental.

Levando em consideração esse armazenamento de dados em meios digitais é possível perceber uma pequena corrente doutrinária e jurisprudencial nadando contra este entendimento majoritário, pois como já citado anteriormente, as conversas de aplicativos de trocas de mensagem, ou e-mails de conversas pretéritas seriam somente dados ou registros da comunicação já findada. Ora, a Constituição Federal visa proteger a comunicação, mas não os registros e dados que possam ficar armazenados após efetivação da comunicação, sendo, portanto, essas mensagens apenas resquícios de uma comunicação que já ocorreu e não a própria comunicação.

O próprio STF quando discutia a validade do acesso a e-mails encontrados em computador apreendido por determinação judicial, reafirmou a validade da utilização das respectivas mensagens, mesmo sem autorização judicial prévia, onde frisa o fato de que o sigilo não atinge informações armazenadas em dispositivos eletrônicos, mas sim a própria troca dessas informações, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE CRIME DE FALSIDADE DOCUMENTAL. **BUSCA E APREENSÃO. VALIDADE. DILIGÊNCIA REALIZADA EM ÓRGÃO PÚBLICO. ARRECADAÇÃO DE COMPUTADORES SOBRESSALENTES À ORDEM JUDICIAL.** ENTREGA VOLUNTÁRIA DAS MÁQUINAS PELA AUTORIDADE RESPONSÁVEL. CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO OBSERVADA. **EXAME PERICIAL CONDICIONADO À POSTERIOR AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PRESERVAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ACESSO AOS DADOS REGISTRADOS EM DISPOSITIVO ELETRÔNICO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA. INOCORRÊNCIA.** INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS EM PROCEDIMENTO CRIMINAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO VERIFICAÇÃO. CONTRADITÓRIO E

---

<sup>57</sup> Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91676948&num\\_registro=201801150694&data=20190307&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91676948&num_registro=201801150694&data=20190307&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 18 de jan. 2021.

AMPLA DEFESA PRÓPRIOS DA FASE JUDICIAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A circunstância excepcionalíssima da entrega espontânea e voluntária de computador de titularidade de ente público, quando franqueada a sua apreensão pela autoridade responsável da unidade administrativa, revela-se compatível com a cláusula de reserva de jurisdição, ainda que sobressalente ao mandado judicial. 2. Conquanto verificada a entrega voluntária ao agente policial, o exame pericial nos equipamentos apreendidos, condicionado à autorização específica da autoridade judicial responsável pela supervisão do caderno investigativo, resguarda a regularidade da apreensão e o direito à privacidade do repositório de dados e de informações neles contidos. **3. Descabe invocar a garantia constitucional do sigilo das comunicações de dados quando o acesso não alcança a troca de dados, restringindo-se apenas às informações armazenadas nos dispositivos eletrônicos. A orientação jurisprudencial do STF assinala que “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)” (RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2006). 4. Em se tratando de instrumento destinado à formação da opinio delicti do órgão acusatório, o procedimento administrativo de investigação criminal não demanda a amplitude das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, próprias da fase judicial. Eventual prejuízo advindo do indeferimento de diligências no curso das apurações (nomeação de assistente técnico e formulação de quesitos) é passível de questionamento na ação penal decorrente do respectivo inquérito policial. 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 132.062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 23-10-2017 PUBLIC 24-10-2017). (Grifos nossos).<sup>58</sup>

Percebe-se, portanto, que não é pacífico nem na doutrina e nem na jurisprudência o entendimento acerca da matéria. A dificuldade em classificar o aparelho celular como prova documental, registro de dados ou correio eletrônico, ainda causa uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial.

---

<sup>58</sup>Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977>. Acesso em: 18 de jan. 2021.

## 5 INCIDENTE DE REPERCUSSÃO NO STF SOBRE O TEMA

Acerca da matéria tramita no STF incidente de repercussão geral - Tema 977<sup>59</sup>. No caso em análise um indivíduo após subtrair a bolsa da vítima utilizando violência e arma de fogo o réu empreendeu fuga do local em uma motocicleta pilotada por seu comparsa. Ocorre que no momento em que evadia-se do local deixou seu aparelho de telefonia celular cair ao chão, sendo, o objeto, encontrado e apreendido pela autoridade policial. De posse do objeto, a autoridade policial pôde identificar diversas fotos do réu salvos na memória do aparelho celular, sendo que essas informações serviram para nortear as posteriores diligências para identificação do indivíduo, bem como, para elucidação do fato delituoso, o que possibilitou a prisão do réu no dia seguinte ao ocorrido. Vale acrescentar, que a autoridade policial além de acessar as fotografias, também acessou o registro das chamadas efetuadas.

Após condenação em primeira instância, irresignado, o réu recorreu da decisão, que foi reformulada declarando ilegal a prova obtida por meio da devassa dos dados do aparelho celular, sem prévia autorização judicial. Momento em que o Ministério Público interpôs recurso extraordinário.

Para o Ministério Público, em síntese, é dever da autoridade policial apreender objetos e instrumentos ligados à conduta delitiva. Não se configurando violação a nenhuma garantia constitucional (sigilo das comunicações telefônicas e intimidade e privacidade) a obtenção de registros e informações armazenadas no aparelho telefônico.

Continua, aduzindo que, salvaguardar as fotos, documentos e dados salvos no aparelho celular seria agregar contornos ao princípio da proteção à intimidade que não estão previstos no texto constitucional, em vista que tratam-se de dados telefônicos e jamais devem se confundir com comunicações telefônicas em si.

Segue aduzindo que não necessitaria de ordem judicial se o acusado estivesse com uma agenda onde tivesse os contatos telefônicos e uma foto sua impressa, portanto, não se pode exigir ordem judicial para legitimação da atividade policial. Ao contrário desse entendimento, o art. 6º do Código de Processo Penal

---

<sup>59</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=517389>  
8. Acesso em: 28 de fev. 2021.

dispõe que a autoridade policial tem o dever de proceder com a coleta do material comprobatório da prática da infração penal, não se podendo exigir ordem judicial diante de autoridades públicas que estejam atuando conforme a Lei.

Por fim, argumenta que a intimidade do indivíduo deve ser comprimido em prol do direito difuso à segurança pública:

**O direito individual cede lugar, sob condições definidas em lei, à prevalência do direito difuso à segurança pública, com a consequente diminuição da criminalidade pelo efeito preventivo gerado pela maior eficiência do aparato estatal.** Nem é necessário que seja dito que há possibilidades de punição à autoridade policial que venha a abusar do seu poder.

Não existindo, portanto, no direito constitucional brasileiro direitos ou garantias que estejam revestidas de caráter absoluto, sendo todas as garantias, de certo modo, limitadas:

Desta forma, agiu corretamente a autoridade policial, que, no caso em tela, colheu elementos de informação do objeto apreendido, logrando obter, por meio de fotos armazenadas no aparelho, a identidade do autor do delito, imprescindível para a instauração da persecução penal. Não seria razoável que, para tanto, devesse recorrer ao Poder Judiciário: vale, para o telefone móvel, a mesma premissa utilizada quando do encontro de provas em outros meios, tais, como, por exemplo, uma caderneta ou qualquer outro meio físico. Não se olvida, que, nesses casos - como já visto -, a autorização judicial é dispensável.

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos ensina que a exigência de reserva de jurisdição (exigência de ordem judicial) é para a quebra do sigilo de comunicação de dados e não para a obtenção de dados ou registros. Para o autor, cabe o acesso de determinadas instituições a informações tidas como pessoais para *“o exercício de suas próprias atribuições previstas na Constituição Federal ou na lei. Nesses casos, o sigilo de dados não pode ser oponível”*<sup>60</sup>.

Na primeira sessão de julgamento o Ministro Relator Dias Toffoli votou favoravelmente ao agravo reconhecendo a tese levantada pelo Ministério Público, sob fundamento de que:

É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não

---

<sup>60</sup> CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. 5 A ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 69

configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII).

Os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, contudo, votaram desfavorável ao posicionamento do Ministério Público entendendo que:

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

Não findou o julgamento, em virtude de que o Ministro Alexandre de Moraes pediu vistas dos autos para se manifestar.

Percebe-se, portanto, uma insurgência conforme manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça e do voto do Ministro Relator Dias Toffoli às novas correntes doutrinárias de que o aparelho celular não deve ser visto como um todo, não devendo o judiciário dar proteção constitucional a bens jurídicos que a CF não pretendeu proteger, tal posicionamento acarreta numa maior dificuldade de obtenção de provas pela polícia civil.

## **6 CONCLUSÃO**



O presente trabalho teve o intuito de trazer uma análise acerca das possibilidades de devassa dos diversos conteúdos contidos no aparelho celular, mormente os princípios constitucionais e penais.

Observou-se que as inovações trazidas pela tecnologia trouxeram bastantes problemáticas acerca do que seria protegido pelos princípios da intimidade e da inviolabilidade das comunicações. Contudo, não se trata de um problema simples, é uma questão complexa e cheia de nuances.

Diante deste problema surgem 3 (três) teorias como respostas. Cada uma com uma visão diferente de como deve ser entendido o aparelho de telefonia celular para o direito penal brasileiro.

A primeira aduz que o celular deve ser analisado de diversas perspectivas, onde os registros de dados (como os registros telefônicos) e os documentos salvos no aparelho celular não estariam protegidos pela Constituição Federal, e, portanto, não necessitaria a autoridade policial de autorização judicial para utilização de tais conteúdos. Contudo, nesta corrente, mesmo que podendo fazer o uso dos dados salvos no aparelho celular, não poderia a autoridade policial proceder com a devassa das conversas via aplicativos de comunicação instantânea por violarem os princípios da intimidade e da inviolabilidade das comunicações. [

A segunda corrente alega que os aparelhos celulares atuais (*smartphones*) estão a todo instante ligados à rede de internet, não sendo crível que a autoridade policial proceda com a devassa de qualquer dado contido no aparelho sem prévia autorização judicial que justifique, com base em elementos concretos, a real necessidade, bem como, a adequação da medida, devendo serem considerados os direitos fundamentais contidos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A última corrente, menos disseminada e mais recente, preleciona que a proteção constitucional da inviolabilidade das comunicações não visa proteger os dados propriamente ditos, mas tão somente, a troca deles. Ou seja, as mensagens guardadas em aplicativos de comunicação instantânea como *whatsapp* e *telegram* não seriam amparados pela Constituição Federal, tendo em vista, tratar-se apenas de dados ou resquícios de uma comunicação já findada e não da própria comunicação em si. Portanto, para esta corrente não seria ilícito a devassa dos dados, documentos e das conversas em aplicativos de comunicação pela autoridade

policial sem prévia autorização judicial, tendo em vista, que estaria a polícia procedendo apenas com seu mister papel legalmente atribuído em busca de indícios mínimos de autoria e materialidade.

A discussão perpassa ainda pela distinção de aparelho celular como elemento do crime e como meio de prova. Entendemos que quando visto como elemento de próprio crime, ou seja, quando o indivíduo utiliza mensagens nesses aplicativos de comunicação instantânea como meio para efetivação do delito, não cabe se falar, em nenhuma das teorias, em autorização judicial para análise da conversa, em vista que o estado de flagrância mitigaria o princípio da inviolabilidade da comunicação em detrimento da segurança pública. Enquanto nos casos em que o celular é apenas meio de prova, a devassa dos conteúdos vai depender do entendimento de cada corrente, já detalhada.

Por fim, outra discussão trata-se da autorização do indivíduo para que a autoridade policial acesse seu celular em sede inquisitorial, no momento do flagrante delito. Apesar de ser aceito cada vez mais na jurisprudência, entendemos que tal prática não coaduna-se com os princípios e garantias constitucionais e penais. A nosso sentir, tal autorização só poderia ser feita perante juízo na companhia de advogado. Contudo, é necessário elucidar que tal autorização somente aplica-se na primeira e na segunda corrente acima exposta, em vista que na terceira corrente, a autoridade policial teria autonomia para analisar os conteúdos contidos no aparelho celular, desde que justificado a necessidade da diligência.

Percebe-se desta análise que as tecnologias e as rápidas mudanças na sociedade em que vivemos traz diversas discussões acerca de direitos já postos, devendo a lei adequar-se a todo instante às novas formas de agir e aos novos aparatos tecnológicos utilizados no dia a dia.

Por fim, cumpre-nos destacar que nenhuma garantia constitucional é absoluta, sendo que em estado de flagrância, diversas dessas garantias sofrem mitigações, onde o direito individual cede espaço aos direitos coletivos e difusos como da segurança pública.

Neste mesmo diapasão, além da manifesta mitigação dos direitos individuais, o poder judiciário, apesar da necessidade de adequação entre normas já postas e novos bens jurídicos que vão surgindo, não pode estender benefícios, garantias ou proteções que o legislador não tenha tido a intenção de proteger,

porquanto, ao fazê-lo, estaria o judiciário dando proteção jurídica à bens jurídicos que a CF ou a lei não pretendiam proteger.

Contudo, percebe-se no judiciário, ainda, certa resistência a estes novos e mais entendimentos, onde visualiza-se no recente incidente de repercussão geral que tramita no STF que 2 (dois) Ministros optaram por votar que mesmo para devassa de documentos como fotos necessitaria a autoridade policial de prévia decisão judicial.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm).

BRASIL, **Lei nº 13.964 de 24 de dez. de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm).

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado do Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2015, v.I.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada. **Consultor Jurídico: ACADEMIA DE POLÍCIA**. 21 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>. Acesso em: 15 fev. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1947 p.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5 A ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2017. 1504 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 70.814/SP**, Relator: Ministro Celso de Melo. Data de Julgamento: 01/07/1994. PRIMEIRA TURMA. STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1573852>. Acesso em: 02 de fev. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HABEAS CORPUS 453.259/SP**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 25/09/2018. SEXTA TURMA. STJ. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86901228&num\\_registro=201801343795&data=20181004&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86901228&num_registro=201801343795&data=20181004&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 11 de fev. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO EM HABEAS CORPUS 98.250/SC**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 12/02/2019. SEXTA TURMA. STJ. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91676948&num\\_registro=201801150694&data=20190307&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91676948&num_registro=201801150694&data=20190307&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 18 de jan. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO EM HABEAS CORPUS 51.531/RO**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 19/04/2016. SEXTA TURMA. STJ. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402323677&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 01 de fev. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 91.867/PA**, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 24/04/2012. SEGUNDA TURMA. STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 18 de fev. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MANDADO DE SEGURANÇA 21.729/DJ**, Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Ministro Neri da Silveira. Data de Julgamento: 05/10/1995. TRIBUNAL PLENO. STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750432975>. Acesso em: 17 de fev. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EM HABEAS CORPUS 132.062/RS**, Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Edson Fachin. Data de Julgamento: 22/11/2016. PRIMEIRA TURMA. STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4903009>. Acesso em: 18 de jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INCIDENTE DE REPERCUSSÃO GERAL 977**, Relator: Ministro Dias Toffoli. AINDA NÃO FINDADO O JULGAMENTO. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898>. Acesso em: 28 de fev. 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. Biblioteca Universitária. **Guia de normalização de trabalhos acadêmicos da Universidade Federal do Ceará**. Fortaleza, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **CONFLITO NEGATIVO DE**

**JURISDIÇÃO.** Relator: Desembargador Claudio Tavares de Oliveira Junior. Data de Julgamento: 27/01/2016. OITAVA CÂMARA CRIMINAL. TJRF. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/354308747/conflito-de-jurisdicao-cj-51129320158190203-rio-de-janeiro-jacarepagua-regional-1-vara-criminal>. Acesso em: 03 de jan. 2021.