

*Um pedacinho de terra, perdido no mar Num pedacinho de terra,  
beleza sem par”.*  
Cláudio Alvim Barbosa “Poeta Zininho”

## **DA VALIDADE DA PROVA EXTRAÍDA MEDIANTE ACESSO A DADOS PESSOAIS EM CELULARES EM SEDE DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL**

Fernando Michel de Freitas<sup>1</sup>  
Paulo Augusto de Castro Naves<sup>2</sup>  
Rogério Cardoso Ferreira<sup>3</sup>

### **RESUMO**

Policiais de todo o Brasil têm se deparado com a possibilidade de extrair informações pessoais nos celulares de indivíduos durante a abordagem policial, seja no cumprimento de mandado de busca e apreensão, ou na prisão em flagrante e, a partir deste prisma, busca-se delimitar a legalidade desta conduta e a consequente validade destes dados como prova para averiguar tais fatos. Atualmente não há consenso nos tribunais superiores, existindo nítida divergência entre julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF). Enquanto o STJ tem decidido reiteradamente pela invalidade da prova colhida através de acesso aos dados armazenados em telefones celulares sem autorização judicial, o STF, por sua vez, possui julgados vislumbrando a legalidade das provas do referido acesso pela autoridade policial. A divergência ocorre, principalmente, em relação à interpretação do art. 5º, incisos, X, XII, da Constituição Federal do Brasil, e do art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.965/14 e, consequentemente da teoria da árvore dos frutos envenenados.

**Palavras-chave:** Perícia. Prova. Telefone. Dados. Privacidade.

### **1 INTRODUÇÃO**

Ao retratar sobre a validade de prova extraída de celular pessoal em sede de investigação policial, primeiramente, é importante mencionar que se deve observar todas as regras legais e constitucionais.

É certo que a inviolabilidade da intimidade e o sigilo das comunicações são garantidos pela carta magna brasileira, em seu artigo 5º, incisos X e XII, sendo um reflexo da evolução em relação a proteção do cidadão no contexto histórico do Brasil. Por se tratar de garantias fundamentais, se faz necessária uma análise criteriosa quanto ao tema da validade das provas obtidas mediante devassa em telefone celular, e, promovida por agente do Estado com vistas na persecução penal, ainda na esfera administrativa da investigação policial.

É importante ressaltar que se trata de matéria nova, e ainda não há uma

1 Aluno de graduação em Direito na Faculdade Almeida Rodrigues.

2 Aluno de graduação em Direito na Faculdade Almeida Rodrigues.

3 Escrivão de Polícia PC/GO e Professor de graduação em Direito na Faculdade Almeida Rodrigues.

jurisprudência consolidada. Nesse passo, por ser matéria eminentemente de natureza constitucional, foi reconhecida a sua repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1042075: a licitude de prova decorrente de perícia realizada pela autoridade policial em aparelho celular encontrado fortuitamente no local do crime e a ocorrência ou não de violação do sigilo das comunicações no acesso à agenda telefônica e ao registro de chamadas sem autorização policial no Supremo Tribunal Federal, onde será oportunizada a pacificação do assunto pela análise do plenário do excelso pretório, determinando a existência, ou não, de imprescindibilidade de autorização judicial, para a perícia e devassa em aparelhos celulares de suspeitos e investigados; além de determinar quais dados pessoais estão amparados pela inviolabilidade do sigilo e da intimidade.

## 2 REVISÃO DE LITERATURA

### 2.1 Investigação Policial

Inicialmente é preciso compreender as atribuições e o papel da investigação policial na apuração de fatos delituosos. Neste passo, os ensinamentos de Norberto Avena sobre a finalidade do inquérito, disciplina que:

Por inquérito policial compreende-se o conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial para obtenção de elementos que apontem a autoria e comprovem a materialidade das infrações penais investigadas, permitindo ao Ministério Público (nos crimes de ação penal pública) e ao ofendido (nos crimes de ação penal privada) o oferecimento da denúncia e da queixa-crime (AVENA, 2017, p. 137).

Para Aury Lopes Jr. (2018, p. 125), “O inquérito policial serve - essencialmente - para averiguar e comprovar os fatos constantes na notícia criminis”.

Ainda, nessa senda, o artigo 6º do Código de Processo Penal determina que caberá à autoridade policial a tomada de ações para apuração da prática penal. Dentre essas ações, apresenta-se aquelas diretamente ligadas a devassa em aparelho celular para extração de elementos de informação, assim denota-se:

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

[...]

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato

e suas circunstâncias;

[...]

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

Por isso, cabe à autoridade investigante, no tocante à obtenção de provas, colher todo e qualquer elemento que possa ajudar no esclarecimento da infração penal, desde que respeitadas as leis processuais e a Constituição Federal, terá total liberdade para produzir as provas que entender necessárias para a elucidação do delito, bem como, as suas circunstâncias (AVENA, 2017, p.160).

## 2.2 Informações Pessoais em Telefones Celulares

As informações pessoais em telefone celular, no conceito de Zanon, se disciplina como, “dados pessoais são todas as informações codificadas de determinada pessoa. O tratamento desses dados gera uma informação pessoal” (ZANON, 2013, p. 164).

Atualmente, o telefone celular é capaz de guardar uma enorme quantidade de dados pessoais, que podem abranger, como, por exemplo: registros de ligações, álbum de fotos, mensagens de texto, informações de redes sociais, dados bancários, registros de dados de GPS e, etc.

Diante dessa vasta quantidade de dados pessoais que o telefone celular pode armazenar, fica evidente a importância em determinar se as informações nele inseridas são protegidas pelo sigilo das comunicações, e pelo princípio da intimidade mediante investigação policial sem autorização judicial.

Em relação aos dados armazenados no telefone celular, estes podem sofrer distinções e proteções diversas, neste sentido, é possível aferir na decisão de um Habeas Corpus (HC nº 91.867/PA), do Supremo Tribunal Federal, que o ministro relator Gilmar Mendes trata da questão sobre as diferenças entre ‘comunicação telefônica’ e ‘registros telefônicos’, da seguinte maneira:

Primeiramente, sobrealça destacar que não se confundem comunicação telefônica e os registros telefônicos, recebendo, inclusive, proteção jurídica distinta. E, como já enfatizei em outras oportunidades, entendo que não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação “de dados” e não os “dados” (2ª Turma, 24.04.2012).

Destarte, o entendimento é que dados telefônicos são informações estáticas, que não revelam o teor de qualquer comunicação. São, por exemplo,

os registros de ligações realizadas e os números de telefones armazenados na agenda do aparelho.

Por outro lado, a comunicação telefônica refere-se a transmissão de informações entre pessoas de um ponto para outro, sendo que, como conceito básico dessa telecomunicação tem-se o seguinte:

As telecomunicações dizem respeito às distintas tecnologias de comunicações à distância, como a telegrafia, a telefonia, as radiocomunicações, a teledifusão e a internet, entre outras que envolvem a transmissão e recepção de sinais de áudio (sons), vídeo (imagens) e dados (MEDEIROS, 2007, p. 93).

Entretanto, importa mencionar que este entendimento foi formado no ano de 2012 e, neste período, os telefones celulares não tinham a mesma capacidade de conexão com a internet que possuem hoje, uma vez que, a infraestrutura de telecomunicação, atualmente passa por um importante processo de ampliação das suas bases tecnológicas, orientado pelo avanço e difusão das tecnologias móveis e da internet (NERIS et al., 2014, p. 396).

### **2.3 Entendimento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF)**

O Supremo Tribunal Federal, traduz o entendimento de que a proteção constitucional é da comunicação dos dados, e não dos dados propriamente ditos, e por isso, deve a autoridade policial apreender os objetos e instrumentos ligados à conduta delitiva, sendo legitimado o acesso à informação e registros contidos em aparelhos telefônicos, não se configurando, portanto, violação do sigilo da comunicação telefônica e de dados (HC nº 91.867/PA).

Em análise do Habeas Corpus nº 91.867/PA, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, foi decidido que não era uma violação de direitos, o fato do policial acessar a lista de telefone, no celular de um indivíduo, pois não se confunde comunicação telefônica e registro telefônico.

O ministro relator Gilmar Mendes ainda cita em sua decisão o entendimento desenvolvido por Tércio Sampaio Ferraz, que em síntese leciona:

O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo 'da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas'. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção 'e' une correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e, depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente, o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com

que, o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também, não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém entra nesta transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados. A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação (Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, p. 77-82, 1992).

Portanto, desde que o acesso às informações de dados seja feito nos moldes do art. 6º do Código de Processo Penal, não há óbice, para que o levantamento dessas informações seja feito pela a autoridade policial sem prévia autorização judicial, não incorrendo as provas colhidas na teoria da árvore do fruto envenenado.

Entretanto, é necessário atender alguns requisitos para que esta prova não seja rechaçada da ação penal, e necessário se faz, que o telefone celular seja devidamente apreendido mediante requisição da autoridade policial, e que o telefone celular tenha relação com o fato criminoso.

## **2.4 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)**

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, conforme extraído de recente jurisprudência, preceitua sobre a imprescindibilidade da autorização judicial para a perícia, ou acesso ao telefone celular do acusado, uma vez que, mesmo que não se aplique a Lei nº 9.296/96 - que trata da interceptação de comunicações telefônicas – se entende que os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envios e recebimentos de informações por SMS ou aplicativos (exemplo WhatsApp), dizem respeito à intimidade e a vida privada do indivíduo, sendo portanto, invioláveis, nos termos do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal (HC nº 89.981).

Para a 6ª Turma do STJ, o precedente do HC nº 91.867 da 2ª Turma do STF não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese de apreensão de um aparelho celular em uma prisão em flagrante.

Nesta linha de entendimento, BRASILEIRO (2017, p.749), afirma que

se existe necessidade de prévia autorização judicial para a quebra de sigilo do correio eletrônico, conforme se verifica no HC nº 315.220/RS, Relatora e Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ. 15/09/2015, DJe 09/10/2015 - deve-se ter o mesmo raciocínio para fins de devassa em aparelho celular, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, e do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, pouco importando, o fato de o celular do indivíduo ter sido apreendido por ocasião de eventual prisão em flagrante.

Nesse sentido, portanto, se extrai também o entendimento do seguinte acórdão de julgamento do Habeas Corpus HC nº 77.232/SC, proferido pelo Relator e Ministro Felix Fischer, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, veja:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DADOS ARMAZENADOS NO APARELHO CELULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA LEI N. 9.296/96. PROTEÇÃO DAS COMUNICAÇÕES EM FLUXO. DADOS ARMAZENADOS. INFORMAÇÕES RELACIONADAS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE. INVIOABILIDADE. ART. 5º, X, DA CARTA MAGNA. ACESSO E UTILIZAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI N. 9.472/97 E DO ART. 7º DA LEI N. 12.965/14. TELEFONE CELULAR APREENDIDO EM CUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ANÁLISE E UTILIZAÇÃO DOS DADOS NELES ARMAZENADOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

I - O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da República é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei nº 9.296/96.

II - Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o “WhatsApp”), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal.

Assim, somente podem ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.472/97 e do art. 7º da Lei nº 12.965/14.

III - A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (“WhatsApp”), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel.

IV - No presente caso, contudo, o aparelho celular foi apreendido em cumprimento a ordem judicial que autorizou a busca e apreensão nos endereços ligados aos corréus, tendo a recorrente sido presa em

flagrante na ocasião, na posse de uma mochila contendo tabletes de maconha.

V - Se ocorreu a busca e apreensão dos aparelhos de telefone celular, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados. Recurso ordinário não provido (RHC 77.232/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

Por tudo isso, em se tratando de devassa e/ou perícia em telefone celular, mesmo se houver persecução em flagrante, a jurisprudência do STJ se firmou na imprescindibilidade da autorização judicial, salvo, nos casos de mandados de busca e apreensão, no qual, mesmo não havendo expressamente a autorização para perícia em telefone celular, uma nova autorização para este fim se torna prescindível (RHC nº 77.232/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

### **3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfico-documental, por meio de leitura e análise de doutrinas, jurisprudências e leis diversas, tais como Constituição Federal Brasileira.

### **4 RESULTADOS E DISCUSSÃO**

Conforme a pesquisa realizada, se pode observar uma significativa divergência de posicionamentos de julgados dos tribunais superiores a respeito da validade da prova obtida através de perícia ou devassa em aparelho celular em sede de investigação policial.

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), vislumbrou a possibilidade da colheita de provas em aparelhos celulares, por entender que não há violação ao sigilo da comunicação de dados, vez que essa já se exauriu e os arquivos se encontram meramente arquivados e depositados no aparelho celular. Desta forma, a conduta investigatória está amparada no art. 6º do Código de Processo Penal, que prevê de forma vinculada a colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias, evidentemente, desde que, devidamente requisitadas pelas autoridades policiais competentes.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem decidido reiteradamente pela inadmissibilidade da prova produzida pela perícia ou

devassa em aparelho celular sem a devida permissão judicial. A jurisprudência da corte tem se firmado no sentido de que, mesmo que a perícia em aparelho celular não viole o sigilo das comunicações de dados; o simples fato de acessar os arquivos e/ou registros do investigado sem a autorização judicial, configura violação ao direito constitucional, à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, inadmissíveis no processo de provas produzidas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, se conclui que ainda não existe uma jurisprudência consolidada entre os Tribunais Superiores no sentido da validade das provas obtidas mediante perícia ou acesso a telefone celular em sede de investigação policial.

Assim, por ser um assunto ainda muito recente, se depreende que só restará pacificado após o julgamento da Repercussão Geral na matéria tratada no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1042075, no qual a decisão proferida certamente trará um alinhamento com os demais tribunais do país.

### THE VALIDITY OF EVIDENCE EXTRACTED THROUGH ACCESS TO PERSONAL DATA ON MOBILE PHONES IN POLICE INVESTIGATION

#### ABSTRACT

Police officers from all over the United States are faced with the possibility of removing personal information on cell phones of individuals during the police approach, whether in the fulfilment of European arrest search and seizure, or in prison in flagrant and, from this perspective, it seeks to delimit the legality of this conduct and the consequent validity of these data as evidence to ascertain such facts. There is currently no consensus in superior courts, there is clear disagreement between judged the Superior Court of Justice (STJ) and the Federal Supreme Court (STF). While the Supreme Court has repeatedly decided by the invalidity of evidence collected through access to data stored on mobile phones without judicial authorization, the STF, in turn, has judged glimpsing the legality of evidence of such access by the police authority. The divergence occurs mainly in relation to the interpretation of art. 5, sections, X, XII, of the Federal Constitution of Brazil, and the art. 7, item III, of Law nº 12.965/14 and, as a consequence of the theory of fruit tree poisoned.

**Key words:** Expertise. Evidence. Phone. Data. Privacy.

#### REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal. 9. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.



BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 31 mar 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 31 mar 2018.

Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 1, p. 77-82, 1992; e Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 88, p. 447, 1993

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo; Saraiva Educação, 2018.

MEDEIROS, Júlio César de Oliveira. Princípios de Telecomunicações: Teoria e Prática. 2. ed. São Paulo: Érica, 2007.

NERIS et al. Trajetórias Tecnológicas da Indústria de Telefonia Móvel: Um Exame Prospectivo de Tecnologias Emergentes. Economia e Sociedade, Campinas, v. 23, n. 2 (51), p. 395-431, ago. 2014.

STF. Acórdão. Habeas Corpus HC nº 91867/PA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos 24 de abril de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Habeas Corpus HC nº 77.232/SC. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta

Turma. 03 de outubro de 2017. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1663002&num\\_registro=201702509663&data=20171213&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1663002&num_registro=201702509663&data=20171213&formato=PDF)>. Acesso em: 18 abr. 2018.

ZANON, João Carlos. Direito à Proteção dos Dados Pessoais. São Paulo, RT, 2013.