

A UTILIZAÇÃO DO DISPOSITIVO MÓVEL DO SUSPEITO EM ABORDAGEM POLICIAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Diego Muller Barreto¹
Gilson Cesar Augusto da Silva²
Trabalho de Conclusão de Curso³

RESUMO

O artigo tem como finalidade o estudo da segurança pública, com ênfase no procedimento utilizado pela polícia na abordagem policial, ao buscar no dispositivo móvel do abordado, informações que comprovem o seu envolvimento com alguma conduta criminosa. Portanto, levantam-se discussões sobre a legitimidade de tal conduta, e como os Tribunais Superiores estão tratando esses casos. Apresenta-se como objetivo da pesquisa o direito à Segurança Pública expresso na Constituição Federal, bem como a violação de dispositivos móveis particulares em abordagens policiais para obtenção de provas, e se esse procedimento fere os parâmetros legais de uma interceptação de informações. A pesquisa que será desenvolvida tem o caráter qualitativo e sua abordagem será feita de acordo com o método hipotético-dedutivo. Os procedimentos técnicos a serem desenvolvidos, podem ser classificados com: bibliográfica, onde serão utilizados materiais já publicados e não publicados. Os métodos procedimentais da pesquisa, iniciam-se com a separação do material a ser estudado e posteriormente classificado para ser utilizado na pesquisa, e envolverão: artigos científicos e monografias, doutrinas em geral, além da utilização da Constituição Federal e Código de Processo Penal. Os dados bibliográficos serão apresentados cuidadosamente a embasar teorias e opiniões, começando pelos Direitos Fundamentais e os parâmetros dispostos no Código de Processo Penal, e no desenvolver da pesquisa, abordagens de doutrinadores e de juristas magistrados em suas decisões em casos concretos.

Palavras-chave: Dispositivo móvel. Abordagem policial. Código de Processo Penal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1 A EVOLUÇÃO DOS DISPOSITIVOS MÓVEIS, 1.1 Dispositivos móveis no contexto atual, 1.2 Informações digitais. 2 DADOS DIGITAIS E ABORDAGENS, 2.1 Poder de Polícia, 2.2 Legislação, 2.2 Verificação do IMEI, 3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS, CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, aborda em seu art. 144 a segurança pública, objeto principal para a pesquisa aqui apresentada, a qual tem o escopo de proteger a incolumidade das pessoas e do patrimônio. E estabelece as polícias como detentoras da responsabilidade da manutenção desse direito, em especial, quando violados.

¹Aluno do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

²Professor Ms/Dr. do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

³ Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Portanto, ao analisar o tema, podemos destacar os limites do poder de ação do Estado. É assertivo o discurso de que o Estado deve garantir a segurança do indivíduo dentro da sociedade, e garantir que a sua liberdade individual não seja comprometida. No entanto, a matéria de segurança pública traz opiniões divergentes, que precisam ser contrastadas junto aos princípios da Administração pública.

Esta pesquisa, tem por finalidade o estudo da segurança pública, especificamente no que diz respeito a abordagem policial e a utilização do dispositivo móvel do suspeito em para ter acesso às informações pessoais, sem prévia autorização judicial.

Os atos praticados pelos agentes militares para a manutenção da segurança pública, podem afetar alguns direitos individuais, e para amparar tais condutas, o Código de Processo Penal vem para trazer a segurança legal para isso, em seu artigo 244, discorre que ao estabelecer fundada suspeita, o policial poderá efetuar a abordagem, respeitando as formalidades legais.

O que se discute então, é se a averiguação de dados contidos no dispositivo móvel do suspeito, a fim de delatá-lo quanto ao envolvimento em algum crime, é um procedimento legal dentro dos parâmetros estabelecidos para obtenção de provas ou confirmação de autoria de um crime.

Diante dos reiterados questionamentos e até mesmo jurisprudências condenando a prática, o tema avança com teorias e discussões sobre o que está de fato liberado ou não na abordagem, como por exemplo nos casos onde o próprio indivíduo desbloqueia o celular para o policial, sem nenhuma coerção ou até mesmo no momento da abordagem o celular já encontrar-se desbloqueado.

Tratando de uma garantia constitucional, bem como um procedimento de um órgão devidamente capaz para mantê-lo, as matérias basilares da pesquisa são o Direito Processual Penal, que irá expor o que é resguardado aos policiais na prática de uma abordagem, e também a possível lacuna no procedimento padrão, e o próprio Direito Constitucional, que dispõe os Direitos Individuais e o que pode ou não ser violado.

Não ter uma jurisprudência harmoniosa quanto a esta matéria abre uma serie de possibilidades aos limites a serem observados pelos policiais, podendo ou não utilizarem o celular do indivíduo, forçando-o a desbloqueá-lo e fornecer as informações, ou até mesmo se o aparelho estiver desbloqueado com algumas informações aparentes.

1 A EVOLUÇÃO DOS DISPOSITIVOS MÓVEIS

Os dispositivos móveis ganharam popularidade no início dos anos 80, quando apresentavam a proposta de efetuar ligações sem qualquer tipo de cabeamento ou estrutura

física, e isso proporcionava uma certa liberdade inovadora para a época. Com o passar dos anos, a tecnologia foi se aprimorando, de forma que os aparelhos ficassem cada vez menores e com mais funções agregadas, como por exemplo envio de mensagem de texto e alguns aplicativos para facilitar o dia a dia, como por exemplo agenda, calendário etc.

Em 1996, a empresa Nokia criou o primeiro aparelho celular com tecnologia GSM, capaz de conectar o aparelho móvel a internet sem fio por meio de antenas espalhadas pelas cidades, o que possibilitava que o usuário se conectasse com a rede de internet de qualquer lugar.

1.1 Dispositivos móveis no contexto atual

Os dispositivos móveis estão cada vez mais complexos e cada vez mais automatizados, práticos, e principalmente, mais acessíveis para os indivíduos, tornando-se quase indispensável para o desenvolvimento social de uma pessoa.

Segundo Patrícia Peck:

A Internet é mais um meio de comunicação eletrônica, sendo formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas principalmente, por uma rede mundial de Indivíduos. Indivíduos com letra maiúscula, porque estão inseridos em conceito mais amplo, que abrange uma individualização não só de pessoas físicas, senão também de empresas, instituições e governo. (2002, p.02)

Pesquisas de 2018 feitas pelo IBGE, apontaram que 98,1% da população do Brasil utilizam o celular ou qualquer outro dispositivo para acessar a internet e trocam informação na rede, seja por mensagens de texto, áudios e vídeos, ou seja, há uma grande quantidade de informações sendo trocadas a todo momento na rede, desde informações de “pequeno valor”, como conversa entre dois amigos, até mesmo a grupos de pessoas envolvidas em organizações criminosas, planejando seus crimes.

Outro avanço significativo dos dispositivos móveis, é a capacidade de armazenamento de arquivos e a qualidade das câmeras dos celulares. Conforme os equipamentos vão sendo atualizados, passam a ter cada vez mais memória para arquivamento de dados, o que facilita ao usuário armazenar vários dados de sua vida e da sua rotina, como por exemplo, agenda, compromissos, dados bancários etc.

As câmeras dos celulares estão cada vez mais desenvolvidas e com qualidade equivalente à de câmeras profissionais, sendo assim, estimulam e facilitam o uso para as pessoas que utilizam esses dispositivos, de forma que possam tirar muitas fotos do seu dia a dia, e algumas delas, podem trazer registros de informações pessoais importantes.

Um avanço notório dentre as funcionalidades adquiridas pelos dispositivos móveis, são os diversos aplicativos que surgiram para facilitar o uso do aparelho e melhorar as experiências de utilização, de tal forma que hoje é possível conversar com alguém que esteja muito longe, quase que instantaneamente.

Os dispositivos móveis associados a internet, contribuem para manter várias atividades dentro da sociedade frente as novas perspectivas digitais e também frente a pandemia do Covid-19, onde empresas precisam continuar suas atividades de forma online, assim como o comércio e até mesmo a educação.

As facilidades e funcionalidades de um dispositivo móvel muitas vezes são utilizadas também de forma criminosa, colaborando para o crescimento de crimes organizados e remotos. As investigações policiais precisam investir muito mais tempo e tecnologias de última geração para tentar quebrar quadrilhas numerosas, que por vezes, estão espalhadas por vários Estados, ou até mesmo em outros Países.

Os pequenos delitos, e também o tráfico de drogas utilizam-se dos dispositivos móveis para estruturar processos virtuais para a manter a criminalidade em atividade, trocando informações entre indivíduos, ou até mesmo armazenando em seus dispositivos conteúdos de suas atividades criminosas, como por exemplo, arquivos de textos com alguma contabilidade oriundas de atividades criminosas, organizações para a prática de algum crime, ou até mesmo fotos.

O desenvolvimento das tecnologias na sociedade, desperta um novo pensamento no âmbito jurídico, que precisa se movimentar ao passo que, com essas tecnologias, surgem novos problemas e condutas a serem observadas pelo ordenamento jurídico. É certo que uma das principais ferramentas tecnológicas atuais, o smartphone, que oferece muito mais agilidade em desempenhar algumas funções do dia a dia, bem como aproximar as pessoas, facilitando o contato até mesmo nas maiores distâncias.

Na ótica da pesquisadora Nicolaci-da-Costa, “o celular acaba significando um sensível aumento de intimidade nas relações pessoais”, e completa que:

De fato, é o celular o meio mais usado de comunicação entre pessoas íntimas. Uma vez que o aparelho celular é utilizado como meio de comunicações com pessoas próximas, potencializando a intimidade, ele passa a ter importância singular na vida pessoal. O celular não somente altera como nos relacionamos, mas um de principais efeitos é a sensação do aumento da liberdade e da autonomia de ação dos jovens (NICOLACI-DA-COSTA, 2004, p. 174).

Seguindo esse pensamento, o aparelho celular de uma pessoa guarda muitas particularidades de relações com outras pessoas, e em uma abordagem policial, tais relações

podem desvendar alguns crimes, revelar alguma ligação do suspeito com alguma facção criminosa, ou qualquer ligação com o crime.

1.2 Informações digitais

Apesar dos textos normativos não serem claros quanto a ilicitude desse ato dos policiais, deixando subjetivo algumas questões sobre o que seria de fato “correspondências”, ou “comunicações telefônicas”, contidos no art.5, XII da CF.

Das espécies de dados contidos no inciso XII do art 5º, permite-se que a as comunicações telefônicas, mediante ordem judicial, sejam interceptadas para obtenção de provas, e uma justificativa interessante utilizada pelos tribunais, é pelo fato de que as ligações telefônicas, não deixam “rastros” sobre o teor da conversa, ou seja, assim que uma ligação é encerrada, não conseguimos encontrar em um dispositivo pessoal o conteúdo da conversa.

Partindo desse pressuposto, os dados digitais estão inseridos por analogia nas demais espécies de comunicações, não sendo necessária a interceptação desses dados, mas sim, uma apreensão legal do dispositivo que as mantém. Como por exemplo nos celulares, onde as conversas de texto ficam registradas no próprio disposto, e se pode consultar qualquer conteúdo da conversa.

Vale destacar também que informações digitais podem ser qualquer tipo de informação referente a uma pessoa que, ao ser exposta, venha a causar-lhe uma agressão a sua privacidade, como por exemplo, arquivos com textos pessoais, imagens, vídeos etc, arquivos que podem ou não ser provas da participação do dono do aparelho em algum crime.

2 DADOS DIGITAIS E ABORDAGENS

Cabe ao Estado garantir a segurança pública e a ordem na sociedade, e para isso, os insere como Direito Fundamental, e apresenta a polícia como detentora da obrigação de intervir quando os direitos de algum indivíduo forem violados.

A polícia detém então o poder coercitivo para realizar abordagens, orientações e repreensões quando se deparar com algum fato que ameace a integridade da sociedade, e o primeiro contato com a polícia com o suspeito é pela abordagem:

Em termos policiais, o ato de abordar é o primeiro contato do policial com o público. Tanto os atos de orientar ou esclarecer, quanto os de corrigir, prender ou investigar são formas de abordagem. Para efeito deste estudo, abordagem será entendida como a maneira pela qual um policial identifica, corrige, prende ou investiga um suspeito de vir a cometer ou ter cometido um crime ou infração (BARROS, 2008 p. 136).

Em uma abordagem policial, ao se analisar o celular do indivíduo, o policial pode encontrar textos, mensagens escritas, fotos, agenda telefônica com contatos suspeitos etc. Encontrando esse tipo de conteúdo, o policial pode solucionar um crime em um tempo muito menor, contribuindo para o princípio da eficiência, tendo em vista a prestação de um serviço à sociedade.

Para que a segurança pública seja garantida é de responsabilidade do Estado garantir ao indivíduo que essa “força de repressão” dos órgãos policiais irá respeitar os direitos básicos de qualquer indivíduo, até mesmo os que de alguma forma cometam atos criminosos. E para tentar pacificar a questão das relações entre policiais e sociedade, a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, ou “Lei de Abuso de Autoridade” foi criada.

A respeito do tema, Neto discorre que:

O abuso de poder e de autoridade são delitos graves que lesionam a humanidade, em geral vítimas diretas e indiretas, razão pela qual poderiam ser crimes imprescritíveis, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, a exemplo da tortura (incs. xliii e xliv do art. 5º CF/88). Não há que se falar em infração penal de menor potencial ofensivo, são crimes de potencial ofensivo máximo (NETO, 2016).

2.1 Poder de Polícia

O poder de polícia se dá por uma atividade da Administração Pública, e busca o exercer o princípio da supremacia do interesse público, de forma com que o interesse da coletividade prevaleça sobre as vontades de interesse individual, desta forma, o Estado cria parâmetros para limitar esses interesses individuais, de forma preventiva ou repressiva.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles, vem dizer que:

É a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade. É o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração para conter os abusos do direito individual. (MEIRELLES, 2008)

Já para o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua poder de polícia como:

A atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo. (MELLO, 2007)

Por fim, temos o poder de polícia expresso diretamente no ordenamento jurídico, descrito no Código tributário Nacional em seu artigo 78:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (art. 78 CTN)

2.2 Legislação

Em 23 de abril de 2014, foi sancionada a lei 12.965, que regula as garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, também conhecida como “marco civil da internet”, e, mais especificamente em seu artigo 7º, I, II e III, trata da inviolabilidade dos dados da vida privada, dos fluxos de comunicações e comunicações armazenadas em dispositivos, o que certamente dá argumentos para que os dispositivos móveis não sejam periclitados ilicitamente durante uma abordagem policial sem a devida permissão legal.

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

- I - Inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- II - Inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
- III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. (art. 7º, I, II e III, Lei 12.968/14)

A própria Constituição Federal no seu art. 5, XII que assegura o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

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. (art. 5º, inciso XII, CF)

Contudo, prioriza-se a observância do princípio da legalidade nas ações dos agentes policiais, com o viés de transparência, e para que a sociedade não se sinta repreendida ou injustiçada pela ação da polícia.

O doutrinador Albuquerque, aborda que:

Visa-se com o princípio da legalidade expressar, claramente, que toda e qualquer atividade desenvolvida pelo agente durante a gestão pública deverá pautar pelo que a lei expressamente autoriza, sob pena de ato ilícito. Note-se que no cumprimento do princípio da legalidade, a vontade subjetiva do agente público é suprimida a fim de garantir tão somente a finalidade da normal legal (ALBUQUERQUE, 2011, p.20).

Partindo desse pressuposto do princípio da legalidade, de um lado temos o Código de Processo Penal, pautando os procedimentos que podem ser utilizados pelos agentes de segurança pública, e do outro, a Constituição Federal e a Lei nº 12.965/14, que trazem os direitos invioláveis de cada indivíduo, que não devem ser infringidos simplesmente pela convicção do policial, mas sim com uma ordem judicial.

O art 6º, II, III e VII, trazem alguns dos deveres inerentes ao policial na abordagem no que tange a apreensão e verificação de objetos ligados ao crime. Porém, no caput do artigo, está disposto “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal”, ou seja, não resguarda o direito de o policial efetuar a apreensão ou até mesmo buscas em um celular em uma mera abordagem. o Código diz que:

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

Complementando essa linha de pensamento, entrou em vigor no ano de 2019 a Lei nº 13.869 que trata sobre o abuso de autoridade. Na lei em questão, discorreu em seu artigo 13, e traz em seus incisos algumas situações como exposição a público de partes do corpo, situação vexatória ou produção de provas contra si ou terceiro. Vejamos:

Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro. (art. 13º, I, II e III, Lei 13.869/19)

Conforme disposto, o agente de polícia, não poderá expor o abordado suspeito ou o criminoso preso, a situações que o exponha ou o force a praticar algum ato que gere consequências ou provas contra si mesmo.

2.3 Verificação do IMEI

Os crimes de furto e roubo de celulares, estão certamente entre os mais praticados no Brasil, e a recuperação desses celulares é dificultada pelo fato das características gerais dos modelos, e por isso, foi criado o IMEI, “International Mobile Equipment Identity”, ou “Identificação Internacional de Equipamento Móvel”, que permite que cada aparelho possua um número de identificação único, comprovando assim a procedência do celular.

Esse código de IMEI, nos modelos mais antigos, se encontrava na própria estrutura do aparelho, geralmente abaixo da bateria, bastando apenas retirá-la para encontrar um adesivo com o código. Porém, com os avanços na construção e qualidade dos dispositivos móveis, hoje os dispositivos, em sua maioria, são fabricados de “forma única”, sem a opção de retirar a bateria retirar qualquer tampa do aparelho.

Para estes casos, foram inseridos na própria memória interna do celular essas informações, e para acessar, é preciso discar o código *#06# para que as informações referentes a este registro apareçam na tela do smartphone. Isso também é válido nos casos onde o adesivo com o IMEI, é perdido pelo usuário, ou retirado pelos criminosos.

O problema para essa questão é que, para a obtenção dessa informação e supostamente comprovação do crime, o policial precisa acessar o dispositivo para discar o código e validar se aquele IMEI não consta como produto de furto ou roubo.

Renato Brasileiro de Lima, aponta uma visão importante sobre esse tipo de abordagem, o que ele trata como “cooperação passiva” do abordado:

O acusado tem o direito de não colaborar na produção da prova sempre que se lhe exigir um comportamento ativo, um facere. Portanto, em relação às provas que demandam apenas que o acusado tolere a sua realização, ou seja, aquelas que exijam uma cooperação meramente passiva, não se há falar em violação ao nemo tenetur se detegere. O direito de não produzir prova contra si mesmo não persiste, portanto, quando o acusado for mero objeto de verificação. (LIMA, 2019. p. 78)

Portanto, em uma abordagem policial, onde o agente de polícia esta convicto ou tem fundada suspeita para tal, poderá efetuar acessar o celular, exclusivamente para constatar que o celular não é produto de crime, entretanto, não poderá exigir uma “conduta ativa” do abordado, pois isso, já configuraria na produção de provas contra si próprio.

Ou seja, em casos onde o celular já está desbloqueado, ou não possuir senha, a ação de buscar essa informação no celular suspeito, é lícita. O próprio STF, através do Ministro Gilmar Mendes, na decisão do HC 91.867/PA já admitiu provas nesse sentido.

3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

O posicionamento dos tribunais quanto a essa conduta ainda não é pacificado, uma vez que os recursos são decididos no caso concreto, podendo divergir entre os tribunais conforme o tipo da situação, de conteúdo violado, até mesmo a teoria da exceção da descoberta inevitável para tipificar a licitude da prova.

Essa prática em uma abordagem policial, é tratada pela colenda corte do Supremo Tribunal de Justiça, como prova ilícita, e o Ministro relator Néfi Cordeiro, da 6ª Turma do STJ, argumenta em seu voto no recurso ordinário RHC 51531/RO:

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)

Ao analisar o voto do Ministro Néfi Cordeiro, temos uma decisão mais conservadora, que faz analogia sobre as práticas atuais do código, e trazem uma abordagem mais fechada

sobre o tema, exprimindo sua opinião em dizer que o policial não pode interceptar um celular e obter informações pessoais para concluir uma suspeita.

Analisando agora mais um caso, temos a decisão de um recurso de apelação proferida pela 1ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal em 2017. Na ocasião, o réu foi condenado pelo crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 (Tráfico de Drogas), à pena de cinco anos de reclusão.

No dia de sua apreensão, o réu estava em posse de pequena quantidade de drogas, e ao efetuar uma busca dentro da residência do abordado, a polícia encontrou mais uma porção de drogas, e portando, decidiram fazer uma verificação no celular do indivíduo, e ao acessar o aplicativo de mensagens Whatsapp, encontrou conversas que delataram o abordado na prática de tráfico de drogas, o que foi usado em sua acusação.

A defesa do réu, entrou com o recurso pleiteando o reconhecimento da ilicitude da prova, baseando-se nos vícios quanto a sua obtenção e ferimento dos incisos X e XII do artigo 5º da CF. A decisão do Tribunal de Justiça iniciou com o voto do desembargador George Lopes, que argumentou:

Considerando, portanto, que as mensagens trocadas pelo aplicativo Whatsapp configuram forma de comunicação escrita e imediata entre os interlocutores, sua interceptação somente pode ser realizada mediante autorização judicial prévia. . Ante o exposto, acolho a preliminar suscitada para reconhecer a ilicitude da prova produzida no laudo pericial de fls. 124/129, determinar o seu desentranhamento dos autos e cassar a sentença. Determino, ainda, a prolação de nova sentença com fundamentos apenas nas provas válidas. (TJ-DF 20160111089376 DF 0049594-55.2016.8.07.0000, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Data de Julgamento: 24/08/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 21/09/2017 . Pág.: 65/71)

A desembargadora Sandra de Santis seguiu o mesmo pensamento do ministro George Lopes em relação a ilicitude da prova e também votou pelo acolhimento do recurso:

A Constituição Federal garante que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (artigo 5º, inciso X). No mesmo sentido, prescreve a Lei 9.472/97 que "o usuário de serviços de telecomunicações tem direito à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas" (artigo 3º, inciso V). Também a Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, assegura a inviolabilidade dos dados armazenados em dispositivo privado ou transmitidos pela rede mundial de computadores, como decorrência do direito fundamental à intimidade. Acolho a preliminar para reconhecer a nulidade da prova ilícita reproduzida no laudo de fls. 124/129 e determinar o desentranhamento dos autos. Casso a sentença e determino a retirada de qualquer menção aos dados obtidos por meio ilícito, com a prolação de novo decisum baseado unicamente nas provas válidas. (TJ-DF 20160111089376 DF 0049594-55.2016.8.07.0000, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Data de Julgamento: 24/08/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 21/09/2017 . Pág.: 65/71

Por fim, foi prolatada a seguinte decisão:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. NULIDADE DO PROCESSO. VIOLAÇÃO A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE DO AGENTE. PRELIMINAR ACOLHIDA. A Constituição Federal prevê ao cidadão garantias à inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas (art. 5º, X e XII), salvo situação excepcional de ordem judicial. Considerando, portanto, que as mensagens trocadas pelo aplicativo Whatsapp configuram forma de comunicação escrita e imediata entre os interlocutores, sua interceptação somente pode ser realizada mediante autorização judicial prévia. Apelo conhecido e preliminar acolhida. (TJ-DF 20160111089376 DF 0049594-55.2016.8.07.0000, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Data de Julgamento: 24/08/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 21/09/2017 . Pág.: 65/71)

Seguindo um entendimento divergente aos dois casos anteriores, temos o Habeas Corpus discutido e sentenciado pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Desembargador Valdeci Castellar Citon e a decisão do tribunal foi prolatada em 2016.

O caso tratava de um indivíduo que recebeu pelo correio 300 comprimidos de ecstasy pelos Correios e ao ser pego pela polícia, teve o seu celular violado e foram verificadas conversas em seu Whatsapp e réu foi processado por tráfico de drogas interestadual.

Ao contrário dos demais casos apresentados, neste, a colenda turma do Tribunal de Justiça entendeu que as informações no celular contidas eram de extrema relevância para o processo, e que o celular deveria passar por uma reavaliação pericial, porém, a prova inicial não seria descartada do processo, vejamos a decisão prolatada:

Habeas corpus. Processo Penal. Associação e tráfico de drogas. Via adequada. Reexame de prova pericial. Aparelho celular. Dados do celular e conversas de WHATSAPP. NULIDADE ABSOLUTA (STJ). RHC N. 51.531. RENOVAÇÃO DO ATO PERMITIDO. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A decisão judicial que determina a realização de nova perícia, imprescindível para o deslinde dos fatos, torna-se ato capaz de ensejar, ainda que indiretamente, a constrição da liberdade do paciente (provisória ou permanente) e, nesta qualidade, será passível de análise na via estreita do habeas corpus. 2. Encontrando-se no plano da validade, a declaração de nulidade absoluta, mesmo tendo sido proferida por instância superior (STJ - RHC N. 51.531), não produz, em regra, efeitos na órbita jurídica, tampouco sanção capaz de impossibilitar a renovação do ato. 3. O aparelho celular regularmente apreendido, bem como o seu conteúdo (dados de celular e conversas de WhatsApp) enquanto interessarem ao processo serão mantidos nesta qualidade, podendo, desta forma, serem reexaminados, mediante fundamentação judicial idônea e sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Sem que isto configure ato ilícito. 4. O instituto da preclusão temporal não encontra amparo em matéria de nulidade absoluta (ordem pública). 5. Ordem denegada. (Habeas Corpus, Processo nº 0003924-74.2016.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Des. Valdeci Castellar Citon, Data de julgamento: 17/08/2016) (TJ-RO - HC: 00039247420168220000 RO 0003924-74.2016.822.0000, Relator: Desembargador Valdeci Castellar Citon, Data de Julgamento: 17/08/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 30/08/2016.)

Para finalizar o estudo das Jurisprudências dos Tribunais, temos a decisão do Ministro do Supremo Tribunal federal Gilmar Mendes, que recebeu o recurso HC 91.867/PA, que se tratava de um caso onde a polícia sob guarda do suspeito, interceptou o seu dispositivo móvel e ao conferir a sua agenda telefonia, encontrou números de pessoas suspeitas de envolvimento de um crime e também, uma das ligações era com seu advogado, motivando então a abertura do procedimento de interceptação telefônica.

O Ministro Gilmar Mendes juntamente com a segunda turma, indeferiram o pedido de Habeas corpus, e em seu voto usa uma interessante argumentação, fazendo uma comparação ao inciso XI do artigo 5º, CF que trata sobre a casa do suspeito:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – - não importam em prejuízo à defesa. 2. 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. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corrêu acabaram, de maneira automática,

interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada.

(STF - HC: 91867 PA, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

Ainda na narrativa de seu voto, o Ministro fez a seguinte analogia:

Ad argumentadum, abstraindo-se do meio material em que o dado estava registrado (aparelho celular), indago: e se o número estivesse em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão? (BRASIL, 2012).

CONCLUSÃO

Dado o exposto, foi possível concluir perante os estudos que basearam a construção do artigo, que há uma necessidade de atualizar os procedimentos legais de uma abordagem, e que essa matéria seja tratada de forma específica e materializada no ordenamento jurídico. Percebe-se uma série de analogias que abrem várias lacunas para interpretações.

Há também a necessidade de equilíbrio das garantias e princípios, tanto coletivos, quanto individuais, como por exemplo o direito a privacidade e ao sigilo das informações pessoais, mas também o princípio da eficiência por parte das abordagens policiais. Tendo em vista que o celular pode ser o ponto crucial para o desfecho ou descobrimento de um crime.

Destacando também o caso da verificação do IMEI do celular, que acertadamente está reconhecendo como lícito os casos onde o policial verifica apenas este código para verificar um possível produto de crime, sem acessar qualquer tipo de informação pessoal do portador ou dono do celular.

Por essa razão deve ser repensado e aprimorado esse entendimento no âmbito jurídico, a evolução tecnológica caminha muito bem, e, o âmbito jurídico deve acompanhar esses desenvolvimentos, tanto na prevenção de eventuais crimes, mas também traçando estratégias para que essa tecnologia, respeitando todos os princípios legais, se torne um poderosa ferramenta na solução de crimes.

Fato é que, não há um texto expressamente voltado a abordagem do tema sobre os dispositivos celulares, o que deixa uma subjetividade quando apresentado um caso concreto e

essa subjetividade de certa forma, “recepção” a conduta policial, tendo em vista que não há nenhum dispositivo legal que o impeça expressamente de violar o aparelho do suspeito.

Portanto, as diferenças nas posições doutrinárias e nos próprios tribunais, confirmam a relevância da pesquisa. A abordagem de um tema onde não se tem uma conclusão pacificada, abre espaço para uma exposição dos possíveis caminhos a serem seguidos e, uma possível reformulação no ordenamento jurídico, a fim de recepcionar a ilicitude ou a licitude do procedimento nas abordagens policiais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Bruno Marcelino. **Ato de improbidade administrativa praticado pelo particular e o cabimento das modalidades culposas e dolosas: um estudo sobre os arts. 9º e 11º da lei de improbidade administrativa.** 2011. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/375/1/Bruno%20Marcelino%20de%20Albuquerque.pdf>>.

BARROS, Geová da Silva. **Revista Brasileira de Segurança Pública** | Edição 3 Jul/Ago 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus nº 51.531 Relator: CORDEIRO, Nefi, da 6ª Turma do STJ, Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/stj_00070839320148220000_19042016.pdf>.

BRASIL.STF - HC: 91867 PA, Relator: Min. GILMAR MENDES, 2012. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869954/habeas-corpus-hc-91867-pa-stf/inteiro-teor-111144852?ref=juris-tabs>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF . Recurso de apelação nº 20160111089376 DF 0049594-55.2016.8.07.0000, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, da 1ª TURMA CRIMINAL, Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502028993/20160111089376-df-0049594-5520168070000?ref=juris-tabs>>.

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal

LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>

LEI Nº 12.965/2014 Marco Civil da Internet. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>

LEI Nº 13.869/2019 Crimes de Abuso de Autoridade. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 78

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 123

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 825.

NETO, Cândido Furtado Maia - **ABUSO DE PODER E DE AUTORIDADE - Negação de Justiça ou desrespeito aos Direitos Humanos Responsabilidades Constitucional, Penal, Civil e Administrativa**, 2016. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ligadosdireitoshumanos/wp-content/uploads/2016/10/candido_furtado_maia_netto_04.pdf>.

NICOLACI DA COSTA, Ana Maria. **Impactos Psicológicos do Uso de Celulares: Uma Pesquisa Exploratória com Jovens Brasileiros**. Psicologia. Teoria e Pesquisa, UnB. Vol. 20, nº 02, Maio-Ago. 2004.

PECK, Patrícia, **Direito Digital**. São Paulo. Saraiva. 2002