



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2019

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: A (I)LICITUDE DAS
PROVAS ADVINDAS DO SMARTPHONE E O
APLICATIVO WHATSAPP

Stephanie Josmara Ferraz - stepferraz@outlook.com

Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira - marianacolucciadv@gmail.com

RESUMO

O presente artigo teve por objetivo principal abordar as provas advindas do smartphone e o aplicativo WhatsApp. Estudou-se a importância das provas no processo penal brasileiro, além da ilicitude que pode advir delas, abordando, ainda, as diversas teorias atinentes às provas ilícitas. Assim, analisou-se as derivações das provas ilícitas e sua possibilidade de utilização no processo penal consoante as disposições constitucionais e infraconstitucionais. Por fim, realizou-se uma breve reflexão sobre a inviolabilidade do sigilo, da privacidade e da intimidade de cada pessoa em relação ao seu smartphone e ao aplicativo WhatsApp, uma vez que atualmente tal tecnologia vem sendo muito utilizada para o armazenamento de provas e mesmo para a prática de crimes.

Palavras-chave: WhatsApp. Smartphone. Provas ilícitas. Processo Penal

ABSTRACT

This article has as main objective to approach the criminal proof coming from the smartphone and the WhatsApp application. The importance of the proofs in the Brazilian criminal process was studied, as well as the illegality that can come from them, also addressing the various theories regarding illicit proof. Thus, the derivations of illicit proof and their possibility of use in criminal proceedings were analyzed according to constitutional and infraconstitutional provisions. Finally, was made a brief reflection on the inviolability of confidentiality, privacy and intimacy of each person in reference of their smartphone and WhatsApp application, since nowadays such technology has been widely used for the storage of evidence and even for practice of crimes.

Keywords: WhatsApp. Smartphone. Illicit proofs. Criminal proceedings

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo estudar se o acesso a dados armazenados no WhatsApp e smartphones pela polícia pode revelar-se como um meio de prova durante uma investigação criminal. Na Era da Informação e com tecnologias à disposição, os avanços são usados não somente para facilitar as tarefas cotidianas, mas também para armazenamento de provas relacionadas ao cometimento de crimes, uma vez que com esses novos avanços tecnológicos tornou-se possível o compartilhamento via internet de dados e arquivos.

Porém, apreender um smartphone acarreta questionamentos sobre a necessidade ou não de autorização judicial para a quebra de sigilo no eventual aparelho, uma vez que os limites constitucionais que protegem a intimidade e privacidade da pessoa deverão sempre ser observados.

De tal modo, a presente pesquisa almeja abordar os limites constitucionais da ação policial no respectivo aparelho telefônico apreendido e se as respectivas consequências ferem os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do indivíduo. Tal análise foi realizada através do método dedutivo e por meio da pesquisa de normas constitucionais e processuais penais, além de doutrinas, utilizando-se, ainda, de um caso paradigmático julgado pelo Superior Tribunal Justiça (STJ).

No primeiro capítulo são realizadas considerações sobre a importância das provas no processo penal. Por sua vez, no segundo capítulo aborda-se a ilicitude das provas no âmbito processual penal e suas respectivas derivações com as teorias correspondentes. Finalmente, no terceiro e último capítulo, discute-se a inviolabilidade do sigilo, da privacidade e da intimidade no smartphone e no aplicativo WhatsApp, além da possibilidade de acesso aos dados armazenados nestes.

1. AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

As provas são imprescindíveis ao processo penal, uma vez que elas buscam comprovar a verdade das alegações a fim de instruir o julgador quando diante de uma acusação. Para formar a sua decisão sobre os fatos narrados, o acusado deverá passar por procedimentos vigentes, uma vez que na conjuntura do Estado Democrático de Direito deve haver respeito aos princípios e garantias presentes na Constituição Federal e nas demais leis.

Desse modo, não pode o Estado atuar contrariamente às normas constitucionais e infraconstitucionais, devendo garantir direitos dos cidadãos.

Neste sentido, Aury Lopes Júnior (2017, p. 344) informa que “o processo penal e a prova integram os modos de construção do convencimento do julgador que influenciará na sua convicção e legitimará a sentença”.

Desse modo, na fase judicial, as provas deverão ser produzidas, permitindo, assim, a manifestação da outra parte, garantindo o contraditório e a ampla defesa. O juiz deverá ouvir as partes antes de tomar a decisão proporcionando-lhes iguais chances de argumentações para acusação e defesa, consoante o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal ¹.

Além disso, deverão ser produzidas provas na fase judicial que comprovem os fatos narrados na acusação, uma vez que o juiz não pode basear-se somente nas provas produzidas apenas no inquérito policial, pois ele é um elemento informativo. Igualmente, o Código de Processo Penal (CPP) afirma que o juiz formará a sua convicção através do sistema do livre-convencimento motivado ².

No ordenamento jurídico brasileiro há alguns princípios importantes para o desenvolvimento do processo judicial, o que se coaduna com a produção de provas necessárias para a sentença.

A discussão inicia-se pelo princípio da presunção de inocência, o que significa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, isto é, o acusado é considerado inocente até que se prove o contrário. É o que aduz o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal ³.

Há também outro princípio de suma importância que aborda a prevalência do interesse do réu ou *in dubio pro reo*. Nesse sentido, segundo Guilherme de Souza Nucci:

Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu e sua liberdade e o direito-dever do estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo disso está na previsão de

¹ **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:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

² **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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

³ **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;

absolvição quando não existir provas suficientes da imputação formulada (artigo 386, VI, CPP). Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário. (NUCCI, 2007, p. 80)

Finalmente, destaca-se o princípio do direito ao silêncio, também conhecido como vedação à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), segundo o qual o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, podendo o réu ficar em silêncio diante de perguntas tanto na fase do inquérito policial quanto na fase do processo judicial. Este princípio garante que o réu possa silenciar-se diante de todas as acusações a ele imputadas, não possuindo o dever ou a obrigação de responder a eventual questionamento, resguardando-se.

2. AS PROVAS ILICITAS NO PROCESSO PENAL

Para o processo penal, a busca pela verdade processual é imperiosa, pois através dela a decisão judicial terá maior probabilidade de ser permeada pela justiça. Logo, a verdade processual deverá ser demonstrada no curso do processo através de provas que deverão ter a origem lícita, pois, do contrário, poderão ser desentranhadas do processo.

Conforme o artigo 157 do Código de Processo Penal ⁴, “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. O artigo 157 do CPP segue preceito constitucional, consoante ao inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 ⁵, que afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”. Por conseguinte, é possível observar que no Brasil não são admitidas as provas que decorrem de meios ilícitos. Mas o que seria a prova ilícita?

Em sentido amplo, prova ilícita é a proibida pela moral, pelos bons costumes e princípios gerais do direito; em sentido restrito, é a proibida em lei. Violar o direito material é violar a forma de obter a prova (escuta telefônica não autorizada, por exemplo). Violar o direito processual é violar a forma de

⁴ **Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

⁵ **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:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

introduzir a prova no processo (prova da morte da vítima pela simples confissão do réu) (MESSA, 2017, p. 591)

As provas ilícitas são espécies de provas ilegais, contudo, não podem ser confundidas com outras espécies, as chamadas provas ilegítimas. Assim, as provas ilícitas são aquelas obtidas por um meio ilícito infringindo direito material. Já as provas ilegítimas ferem direito processual, não podendo ser utilizadas. Com as palavras de Luiz Francisco Torquato Avolio:

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim veres que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (artigo 207 do CPP brasileiro). (AVOLIO, 1995, p. 39)

Isso pode ser vislumbrado no artigo 207 do CPP ⁶, uma vez que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Portanto, as sentenças que tiverem sido baseadas em provas ilícitas, bem como ilegítimas, deverão ser nulas e desconstituídas por revisão criminal, caso tenha ocorrido o trânsito em julgado, uma vez que nesta hipótese revisada a decisão definitiva que conteve tal erro não observado anteriormente pelo Judiciário.

2.1. As provas ilícitas por derivação

As provas ilícitas por derivação – resultantes da aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada – são aquelas que foram descobertas de outra prova de forma ilícita. Por conseguinte, aquelas devem ser descartadas do processo porque derivam da ilicitude de outra prova e, por isso, todos os seus frutos desta estão contaminados.

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” (“*fruits of the poisonous tree*”), segundo o qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A partir de uma decisão proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais (CAPEZ, 2010, p.347).

⁶ **Art. 207.** São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

O Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada com o entendimento de que a admissibilidade de prova ilícita por derivação tinha argumentação válida, iniciando, de tal modo, o julgado HC 69.912-0-RS, DJ, 26 de novembro de 1993. Entretanto, por 06 votos contra 05 a favor da admissibilidade, concretizou-se a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, mantendo-se a Teoria do Fruto da Árvore Envenenada.

Desse modo, sendo tal pensamento ainda vigente no Brasil, não apenas ninguém poderá ser julgado ou condenado com base em provas ilícitas, mas também as demais novas provas que vierem a ser produzidas durante o curso do processo, se comprovadas que derivaram da prova ilícita, não mais estarão aptas a serem utilizadas, tal como disposto no § 1º do artigo 157 do CPP⁷.

Em síntese, conforme Ana Flávia Messa (2017, p. 591), as provas ilícitas por derivação não são válidas para o processo penal, uma vez que as provas em si são lícitas, porém, foram produzidas a partir de um fato ilícito. Sendo assim, se a prova é ilícita, tudo o que dela advier também será ilícito, em respeito à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

2.2. A Teoria da Fonte Independente

É imperioso ressaltar a Teoria da Fonte Independente, haja vista que ela se tornou uma atenuante em relação à Teoria do Fruto da Árvore Envenenada.

Como mencionado anteriormente, o artigo 157 do Código de Processo Penal, em seu § 1º elucida que “são inadmissíveis as provas derivadas da ilícita salvo, quando não evidenciado o nexos de causalidade entre uma e outra (...)”. Isso denota que caso haja duas fontes de produção de provas, sendo uma delas lícita e independe da fonte ilícita, a fonte lícita deverá ser considerada como prova admissível e não contaminada, uma vez que ela independe do meio ilícito. Logo ela não está contaminada, consoante o § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal⁸.

Para Eugênio Pacelli (2015, p. 364), a teoria da fonte independente baseia-se exatamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou

⁷ **Art. 157 § 1º** São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

⁸ **Art. 157 § 2º** Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

temporal, isto é, a produção de prova ocorre posteriormente à ilícita. Logo, a fonte de prova independente é a prova não relacionada com os fatos que suscitaram a produção da prova contaminada.

Portanto, a prova derivada por uma fonte independente está apta a permanecer no processo, uma vez que ela vem de uma fonte diversa da fonte ilícita e por isso não se contaminou no decorrer de sua aparição.

2.3. A Teoria da Descoberta Inevitável

A Teoria da Descoberta Inevitável, assim como a Teoria da Fonte Independente, é uma derivação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Trata-se da descoberta da prova derivada de forma inevitável, ou seja, de qualquer modo o fato seria descoberto e, portanto, essa prova não está contaminada pela ilicitude.

Essa teoria também vem do Direito norte-americano e originou-se no caso *Nix vs. Williams*. Trata-se de um julgado do ano de 1984 em que o suspeito foi acusado do homicídio de uma criança. Durante o processo criminal, logo no início, buscou-se ajuda de mais de duzentos voluntários para localizar o corpo da vítima. Contudo, durante as buscas, o réu acabou confessando e provendo mais detalhes do caso, revelando, assim, o paradeiro do corpo da criança. A confissão foi taxada como ilegal, porém, havia mais de duzentos voluntários procurando pelo corpo da vítima e, conseqüentemente, a descoberta seria inevitável, não estando a prova contaminada.

3. A INVIOLABILIDADE DO SIGILO, DA PRIVACIDADE E DA INTIMIDADE NO SMARTPHONE E NO APLICATIVO WHATSAPP.

A Constituição Federal de 1988 protege o sigilo de comunicação privada como comunicações postais, telegráficas, de dados e telefonia. Tal sigilo surge como um meio de proteção à intimidade e à liberdade da pessoa, que tem o livre direito a ligações ou até mesmo a trocas de mensagens privadas e íntimas.

Tal previsão está no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal ⁹, que aduz ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, exceto por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução no processo penal.

Neste inciso seria possível compreender que somente nas comunicações telefônicas seria necessária a ordem judicial. Porém, a Lei n.º 9.296/1996 ¹⁰, que regulamenta o tratamento das comunicações, em seu artigo 1º e parágrafo único, regulamenta que é imprescindível a autorização judicial para a interceptação telefônica, aplicando-se também à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Tais previsões abrangem, destarte, os smartphones que, com a tecnologia atual, possuem acesso à internet, e-mail e ao aplicativo WhatsApp que, por sua vez, contém meios de ligações e trocas de mensagens.

A Lei n.º 9.472/1997 ¹¹ também dispõe sobre o assunto no inciso V de seu artigo 3º, ao aduzir que “o usuário de serviços de telecomunicações tem direito à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas”.

Finalmente, a Lei n.º 12.965/2014 ¹², denominada de Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, assegurando a inviolabilidade e sigilo das comunicações, tais como os previstos nos incisos I, II, III e VII de seu artigo 7º.

⁹ **Art. 5º 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;

¹⁰ **Art. 1º** A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

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

¹¹ **Lei n. 9.472/1997, Art. 3º** O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;

¹² **Lei n.º 12.965/2014, Art. 7º.** 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;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

Cumprе ressaltar que a interpretação constitucional deverá abranger as situações tecnológicas dos dias atuais. Afirmar que o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal alcance somente as comunicações telefônicas – uma vez que em datas pretéritas não existia outro meio de comunicação tecnológico a não ser as ligações por meio do telefone – é desconsiderar a realidade.

Hodiernamente, a mesma função é exercida através de aparelhos smartphones modernos e com acesso à internet e aplicativos de comunicação, como o WhatsApp. Neste sentido, consoante Gustavo Henrique Badaró:

Uma interpretação literal, que feche os olhos para o avanço da técnica, possibilitará o desenvolvimento de uma criminalidade moderna, em especial para a prática de crimes mais sofisticados, que poderá planejar livremente seus delitos pela troca de correspondência eletrônica ou mediante transferência de dados por sistemas de telemática. O problema pode ser mais grave, ao se imaginar que, futuramente, será cada vez mais reduzida a utilização da comunicação telefônica tradicional, que será substituída pela comunicação de vozes – e provavelmente imagens – por computadores, inclusive tablets, smartphones cada vez menores. Nesse sentido, uma interpretação literal e historicamente descontextualizada do inciso XII impediria, de modo absoluto, qualquer restrição a tal forma de comunicação. (BADARÓ, 2015, p. 504).

Portanto, não há mais o que se falar somente em ordem judicial restritamente em ligações telefônicas sem abranger demais meios de comunicação por meio da internet, como o aplicativo WhatsApp, tendo em vista que as mensagens e ligações trocadas no referido aplicativo abrangem todos os requisitos de uma comunicação telefônica.

3.1. O acesso aos dados armazenados no smartphone e no aplicativo WhatsApp

O WhatsApp, conhecido mundialmente, é um aplicativo desenvolvido pra trocas de mensagens gratuitas. Tais mensagens podem conter áudios, bem como fotos e vídeos. Posteriormente, o aplicativo desenvolveu também a função de ligações através da rede *wifi*, no qual o usuário, por estar conectado à internet, consegue receber e realizar chamadas telefônicas com os demais usuários.

Entretanto, tal aplicativo vem trazendo certas dificuldades na esfera criminal, uma vez que ele contém, ou poderá conter, várias informações referentes ao suposto crime praticado.

Quando o indivíduo é preso em flagrante delito, ou em uma abordagem, a polícia apreende também os objetos encontrados com ele, o que pode incluir um smartphone que, por sua vez, poderá conter muitas informações a respeito do crime praticado. Porém, a dúvida é: A polícia poderá acessar as informações contidas no aparelho smartphone bem como no referido aplicativo?

O Superior Tribunal Justiça (STJ), recentemente discutiu sobre tal questionamento no RHC n.º 51.531–RO, um caso paradigmático a respeito do tema. Tal recurso interposto por Leri Souza e Silva, que foi preso pela prática de crime de tráfico de drogas e teve seu aparelho celular apreendido pela polícia durante o flagrante delito. Posteriormente, o seu aparelho foi periciado, sendo alcançado o acesso a todo o seu conteúdo sem a devida autorização judicial.

O recorrente alegou que a obtenção de provas obtidas sem a autorização judicial feriu o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal e o artigo 157 do Código de Processo Penal, restando, assim, a conclusão de as provas obtidas no aparelho celular sem a devida autorização judicial tornaram-se ilícitas e, por isso, deveriam ser desentranhadas do processo (STJ, 2015, n.p.).

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 51.531 - RO (2014/0232367-7) 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.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura dando provimento ao recurso em habeas corpus, sendo acompanhada pelo Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvaram entendimento pessoal a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (art. 162, § 4º do RISTJ). (STJ, 2015, n.p.).

Anteriormente e ainda no caso supramencionado, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (TJRO) denegou o recurso e compreendeu ser válido o acesso às mensagens contidas no aparelho smartphone apreendido com o suspeito durante a prisão em flagrante sob

o entendimento de que tais dados não gozavam da proteção do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Por isso, o recurso foi interposto novamente no STJ.

Nesta seara, cumpre destacar os entendimentos da Ministra Maria Thereza de Assis Moura e dos Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro, na respectiva ordem.

A Ministra Maria Tereza entendeu pela ilicitude da prova, uma vez que não houve a devida autorização judicial para a realização da perícia do aparelho celular do réu (STJ, 2015, n.p.):

(...) Os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais, como há pouco tempo, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. Tais aparelhos multifuncionais contém hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc. Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho. É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição. A proteção dos dados armazenados em aparelhos celulares, portanto, é ínsita ao direito fundamental à privacidade (...). (STJ, 2015, n.p.)

De tal modo, a Ministra argumentou que diante dessa situação concreta, para a validade da obtenção dos dados competiria às autoridades policiais realizar imediatamente a apreensão do aparelho e subsequentemente postular, ao Poder Judiciário, a quebra de sigilo dos dados armazenados no aparelho celular referido. Como não ocorreu dessa maneira, a prova foi obtida de modo inválido, devendo ser desentranhada dos autos, consoante o artigo 157 do Código de Processo Penal (STJ, 2015, n.p.).

Por sua vez, o Ministro Rogerio Shietti Cruz, entendeu que “o acesso aos dados do celular e às conversas de WhatsApp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente”, também devendo ser desentranhadas do processo as provas obtidas no aparelho celular sem a devida autorização judicial baseando-se no julgado da corte norte-americana *Riley v. California* (STJ, 2015, n.p.).

(..) David Leon Riley, cidadão norte-americano, em 22/8/2009 foi abordado pela Polícia de San Diego e surpreendido com a carteira de motorista vencida. Revistado o seu veículo, foram encontradas duas pistolas sob o capô do seu veículo. Imediatamente à busca do automóvel, a polícia investigou o seu telefone celular sem um mandado e descobriu que Riley era um membro de uma gangue envolvida em inúmeros assassinatos. O advogado de Riley sustentou a ilegalidade de todas as provas, visto que os

policiais tinham violado a Quarta Emenda. O Juiz rejeitou este argumento, considerou a busca legítima sob a doutrina do *Chimel rule* (algo equivalente ao entendimento esposado no HC n. 91.867/PA, do STF) e condenou Riley. No âmbito de recurso, a Corte de Apelo ratificou a condenação, reafirmando o *search incident to arrest* (SITA) ou *Chimel Rule*, baseado à época em recente decisão da Suprema Corte da Califórnia em *People v. Diaz*, na qual o Tribunal considerou que a Quarta Emenda da Constituição dos EUA permitia à polícia realizar uma pesquisa exploratória de um telefone celular sempre que encontrado perto do suspeito no momento da prisão. A Suprema Corte da Califórnia ratificou o entendimento das instâncias inferiores lastreada em precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, segundo os quais funcionários estão autorizados a aproveitar objetos sob o controle de um detido e realizar buscas sem mandado para fins de preservação de provas, nos termos de *People v. Diaz*. Levado o caso perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o professor de direito da Universidade de Stanford, Jeffrey L. Fisher, argumentou, em nome do petionário David Riley, que o acesso ao seu smartphone viola o seu direito à privacidade. O *Chief Justice* John Roberts, em nome da Corte, concluiu que um mandado é necessário para acessar o telefone celular de um cidadão na hipótese de prisão em flagrante, haja vista que "telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção" (...). (STJ, 2015, n.p.)

Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Nefi Cordeiro também entendeu serem ilícitas as provas obtidas no aparelho celular bem como os dados obtidos no aplicativo WhatsApp, também devendo ser desentranhadas do processo de acordo com o artigo 157 do Código de Processo Penal supracitado.

(...) A Lei n.º 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve: Art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: [...] V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas; E a Lei n.º 12.965/14, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê que: Art. 7º. 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; [...] Na perícia realizada, houve acesso aos dados do celular e às conversas de WhatsApp obtidos sem ordem judicial. No acesso aos dados do aparelho, tem-se devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente (...). (STJ, 2015, n.p.)

Conforme o Ministro Nefi Cordeiro, atualmente, o celular não é tão somente um instrumento de conversação pela voz à longa distância. Diante do avanço tecnológico, ele

permite o acesso de múltiplas funções, abarcando a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que permitem a comunicação através de troca de dados de forma análoga à telefonia convencional. Destarte, é ilícita tanto a devassa de dados, como das conversas de WhatsApp obtidas de celular apreendido, uma vez que realizada sem ordem judicial. E, por conseguinte, o supracitado Ministro entendeu pela nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, devendo estas ser desentranhadas dos autos (STJ, 2015, n.p.).

Esse é um tema bastante discutido porque os incisos II e III do artigo 6º do Código de Processo Penal ¹³ dispõem que a autoridade policial, assim que tomar conhecimento do fato, deverá apreender os objetos encontrados com o suspeito, bem como colher todas as provas que servirem para esclarecer os fatos ocorridos. No entanto, está vago se a autoridade policial poderia ou não proceder à perícia no celular, alcançando os arquivos ali salvos para comprovar os fatos sem a devida autorização judicial.

Contudo, baseando-se no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal ¹⁴; no artigo 1º da Lei n.º 9.296/1996 ¹⁵, que regulamenta o tratamento das comunicações; no inciso V do artigo 3º da Lei n. 9.472/1997 ¹⁶; e na Lei n. 12.965/2014 ¹⁷, o Marco Civil da Internet, o

¹³ **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;

¹⁴ **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; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

¹⁵ **Lei n.º 9.296/1996, Art. 1º.** A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

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

¹⁶ **Lei n. 9.472/1997, Art. 3º** O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

V - à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;

¹⁷ Por exemplo, consoante a previsão dos incisos I, II, III e VII do artigo 7º do Marco Civil da Internet:

Art. 7º. 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;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

Superior Tribunal de Justiça entendeu por unanimidade que no decorrer do inquérito policial, bem como da prisão em flagrante, é necessária a autorização judicial para que se proceda ao acesso aos dados contidos no smartphone do suspeito, sob risco de se incorrer na ilicitude das provas que poderão ser colhidas e, ainda, comprometer todas que delas sejam decorrentes (STJ, 2015).

CONCLUSAO

A investigação criminal se baseia nas evidências que comprovam a autoria dos fatos formando assim a *opinio delicti* do Ministério Público, o qual, diante da prova de existência do crime bem como de indícios de autoria, desencadeia o oferecimento da denúncia contra o acusado.

Ressalta-se que o mundo atual detém grandes avanços tecnológicos, entre eles os meios fáceis e rápidos de comunicação. Hodiernamente, os celulares deram lugar ao chamado smartphone com acesso à internet, que são aptos a realizar e a receber ligações, além de conterem aplicativos para trocas de arquivos, mensagens e ligações, como o WhatsApp.

Como decorrência de tais avanços tecnológicos, renova-se a problemática atinente à ilicitude das provas obtidas através desses novos meios de comunicação. E, conjuntamente à supracitada ilicitude das provas, deve-se observar as teorias que dela são consequências, tais como: as Provas Ilícitas por Derivação (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada); a Teoria da Fonte Independente; e a Teoria da Descoberta Inevitável.

Consoante o entendimento das Provas Ilícitas por Derivação, aquelas provas que foram descobertas de outra prova de forma ilícita devem ser descartadas do processo, já que são derivadas da ilicitude de prova e, assim, todos os seus frutos estão contaminados. Por outro lado, a prova derivada de uma fonte independente pode permanecer no processo, pois ela advém de uma fonte diversa da fonte ilícita, não restando contaminada, conforme a Teoria da Fonte Independente. E, finalmente, para a Teoria da Descoberta Inevitável, se a prova seria inevitavelmente descoberta, ela não estará contaminada pela ilicitude.

É imperioso salientar que tal compreensão dialoga intimamente com a obtenção de provas mediante a utilização do aplicativo WhatsApp.

Com fundamento no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, no artigo 1º da Lei n.º 9.296/1996, que regulamenta o tratamento das comunicações, no inciso V do artigo 3º da Lei n.º 9.472/1997 e na Lei n.º 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, é possível perceber

que – tanto no decorrer do inquérito policial quanto no momento da prisão em flagrante – é necessária a autorização judicial a fim de que se obtenha o acesso lícito aos dados contidos no smartphone e no WhatsApp do suspeito.

Caso isso não ocorra, há o risco de tais provas serem consideradas ilícitas, o que pode comprometer, ainda, as provas que decorrerem daquela inicial, em respeito à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, exceto se tratar-se de uma fonte independente ou de uma descoberta inevitável.

De tal modo, deve-se observar todo o procedimento legal de uma investigação, uma vez que há princípios constitucionais a serem considerados, bem como o procedimento lícito de obtenção de provas, pois uma vez, se desrespeitados, ocorrerá o desentranhamento daquelas no processo, o que pode dificultar toda a investigação. Por conseguinte, o indivíduo, ao ter o smartphone apreendido, não poderá ter sua intimidade violada pela polícia, ou pelos demais órgãos de persecução penal, sem a devida autorização judicial, devendo-se sempre respeitar a privacidade e a intimidade inerentes a todo cidadão e resguardadas pela Constituição Federal e demais leis infraconstitucionais.

BIBLIOGRAFIA

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n.º 51.531**. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402323677&dt_publicacao=09/05/2016>. Acesso em: 31 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORRÊA, Illana Arruda Pinto. O STF e as provas ilícitas no processo penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5276, 11 dez. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61946>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. 1. ed. São Paulo: Millenium, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Processual Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2007, p 80.

OLIVEIRA, Suzana Rososki. **Provas Ilícitas e a Teoria da Descoberta Inevitável**, 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-da-excecao-da-descoberta-inevitavel/>>. Acesso em: 28 out. 2019

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.