

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
LUIZA DUARTE COELHO LIMA**

**AS PROVAS OBTIDAS PELO *WhatsApp* NO PROCESSO PENAL:
reflexões acerca da licitude e da constitucionalidade**

**Juiz de Fora
2017**

LUIZA DUARTE COELHO LIMA

**AS PROVAS OBTIDAS PELO *WhatsApp* NO PROCESSO PENAL:
reflexões acerca da licitude e da constitucionalidade**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela, sob orientação do Prof. Ms. Cristiano Álvares Valladares do Lago.

**Juiz de Fora
2017**

RESUMO

O presente artigo trata, inicialmente, das provas ilícitas, sua inadmissibilidade pela Constituição Federal e necessidade de seu desentranhamento dos autos pelo Código de Processo Penal. Todavia, fala-se sobre a possibilidade da utilização de tais provas, havendo tanto posições doutrinárias conservadoras quanto inovadoras. Também, traz-se a legislação pertinente aos direitos garantidos, tanto em nível constitucional quanto legal, relacionados às telecomunicações e uso da Internet, como forma de elucidar quais direitos podem ser atingidos caso haja a devassa de dados do aplicativo de conversa instantânea *WhatsApp*, ferramenta muito utilizada hodiernamente, que tem se mostrado como fonte de prova em diversos casos da seara penal e trazido controvérsias no âmbito dos tribunais, tanto pátrios quanto de outros países.

Palavras-chave: Prova ilícita. Inadmissibilidade. Processo Penal. *WhatsApp*.

ABSTRACT

The aim of this article is to, initially, discuss the illicit proof, its admissibility in the Federal Constitution e need of its removal from the file based on the Code of criminal procedure. In spite of this, brings the possibility of using this proof, showing also authors with conservative and innovative thoughts. Too, brings the laws that care about telecommunications and use of the Internet, to show which rights can be achieved if there is the prohibited access to the content of WhatsApp, a tool too much used nowadays, that shows up like source of proof in many cases of the criminal area e brings controversy on the courts of Brazil and other countries.

Keywords: Illicit proof. Inadmissibility. Criminal Procedure. WhatsApp.

SUMÁRIO

1. A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA	6
2. O <i>WHATSAPP</i> COMO MEIO DE PROVA.....	8
2.1. O aplicativo como indício da ocorrência de crime	9
2.2. A necessidade de autorização judicial	10
3. CONCLUSÃO.....	15
4. REFERÊNCIAS.....	17

1. A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

As provas no processo penal são o alicerce utilizado na demonstração da reprodução da verdade dos fatos ocorridos. Será através delas que o Juiz formulará seu convencimento acerca da lide, podendo se utilizar das variedades de formas admitidas no direito. Possuem um valor decisivo tanto no processo quanto na própria impulsão deste, uma vez que é através de indícios que assegurem a existência de um fato típico, ilícito e culpável que se dá propulsão a uma ação penal.

Por essa razão é que não se poderia aceitar que as provas obtidas de maneira a atingirem direitos garantidos em nosso ordenamento jurídico e, portanto, consideradas ilícitas, são repudiadas pela Constituição Federal de 1988, como bem elucidada em seu art. 5º, LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Ademais, devem tais provas ser desentranhadas do processo, como ordena o art. 157, do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

Trata-se, portanto, de limitação ao direito de punir estatal. Veda-se a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, notadamente de direito penal e constitucional, sendo várias as vedações de violação de direitos previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa, sobre o que falaremos logo abaixo.

Em nível constitucional, temos a previsão de garantias como a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial. Senão, vejamos:

“Art. 5º. (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - e inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Também, na Lei nº 9.296/96, que trata da interceptação de comunicações telefônicas, verificamos:

“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.

(...)

Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.”

Já a Lei nº 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, elucida que:

“Art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: (...) V - a inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas.”

Por último, mas não menos importante, na Lei nº 12.965/14, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, temos 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.”

Dessa forma, qualquer prova obtida com violação a essas garantias, será considerada ilícita. A jurisprudência passou a adotar a absoluta inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, devendo ser desentranhadas dos autos do processo. Mas, será que somente pelo fato de ser ilícita uma prova deva ser desentranhada dos autos? Ela não pode, de maneira alguma, interferir no resultado de um processo criminal, que, como se sabe, atinge direitos de grande valor, como a liberdade do indivíduo? E se ela for o único meio de defesa de que dispõe o investigado/denunciado? Ademais: deveria o juiz absolver o culpado ou condenar um inocente apenas porque não pode tomar conhecimento de prova obtida por meios considerados ilícitos?

Na doutrina, temos diversos posicionamentos a respeito da prova ilícita, sendo o pensamento mais conservador o de acolhimento majoritário, como o de Renato Brasileiro¹, que assevera que:

“(...) No ordenamento pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo. Se, mesmo assim, uma prova ilícita for juntada ao processo, surge o direito de exclusão, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos.”

Também, há a teoria da exclusão da ilicitude. A referida teoria é capitaneada por Afrânio Silva Jardim, seguindo seu pensamento Paulo Rangel², sendo de acolhimento minoritário. Preceitua que se devem aplicar as excludentes de ilicitude catalogadas no art. 23 do CP para justificar a conduta de quem produz a prova ilícita. Assim, aquele que transgride a lei para produzir prova, demonstrando a sua inocência, está em estado de necessidade e esta colheita será considerada como prova lícita. Quando acusado produz prova ilícita está acobertado pela legítima defesa.

Dessa forma, nota-se que não basta apenas o reconhecimento da ilicitude de uma prova, mas a análise do caso concreto pode revelar situações que tornam a prova apta a formar o livre convencimento motivado do Juiz, principalmente se for ela o único meio de defesa de que dispõe o acusado.

2. O WHATSAPP COMO MEIO DE PROVA

Toda reflexão supra possui um único objetivo no presente artigo: refletir acerca da possibilidade de utilização das provas obtidas pelo *WhatsApp* e reconhecer em que medida podem ser tais consideradas ilícitas e como podem violar direitos constitucionalmente garantidos. Pode o celular do preso em flagrante ser vasculhado a fim de que a Polícia obtenha indícios de que estava ele praticando algum ilícito penal? E, após apreensão do aparelho, é imprescindível que haja autorização judicial para a coleta de dados, conversas e imagens encontradas tanto somente no próprio aparelho quanto veiculadas pelo aplicativo? Estas são

¹ Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único, 5ª edição, revisada, ampliada e atualizada, Salvador, Ed. Juspodivm, 2017. p. 624.

² Rangel, Paulo. Direito Processual Penal, 18ª edição, revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2011. p. 434.

indagações que não podem ficar sem respostas e, portanto, serão tratadas nos tópicos seguintes, que abordam sobre como pode o aplicativo indicar a prática de um crime e a necessidade de autorização judicial para acesso do conteúdo do *WhatsApp*, dando-se especial relevância aos posicionamentos dos Tribunais pátrios.

2.1. O aplicativo como indício da ocorrência de crime

O *WhatsApp* mostra-se como um aplicativo gratuito, que, ao ser utilizado para a troca de mensagens eletrônicas e transmissão de dados de forma instantânea, com a possibilidade de utilização em diversas plataformas, causou uma grande mudança nas telecomunicações mundiais, pois, em muitos casos, as ligações telefônicas foram substituídas pela comunicação por seu intermédio.

Tal fato, evidentemente, trouxe consigo diversas dificuldades, especialmente na seara criminal. Seja pelas dificuldades impostas pelo Facebook para a liberação dos dados do *WhatsApp* para fins de investigação criminal, seja no que se refere à necessidade de autorização judicial para a utilização do conteúdo das mensagens veiculadas pelo aplicativo como prova.

Na prática, tem crescido muito o número de casos em que Policiais, ao procederem a abordagem de suspeitos, pedem ou obrigam a concessão do acesso aos celulares de tais pessoas, notadamente imagens, dados, registros telefônicos e conversas veiculadas pelo *WhatsApp*, na tentativa de serem encontrados indícios da ocorrência de crimes, como conversas que versam sobre mercancia de drogas ou fotos de armas e munições.

Acontece que, muitas vezes, tais indícios, que posteriormente passam a figurar como provas, claramente foram obtidos com a violação de diversos direitos fundamentais, como os descritos acima. Todavia, para revestirem tais provas de licitude, os Policiais dizem que obtiveram o acesso aos celulares de forma voluntária e, tendo a palavra dos Policiais assumido extremo valor probante no processo penal, com presunção *iuris tantum* de veracidade, acaba-se realmente acreditando que o acesso ao celular foi realmente obtido de forma pacífica e não haveria falar, portanto, de prova ilícita.

Também se vê, na prática, que o Delegado de Polícia, em muitas situações, ao cumprir mandados de busca e apreensão, realiza a arrecadação e

apreensão de telefones celulares, bem como tais apreensões ocorrem quando de prisões em flagrante para que sejam periciados quando da confecção do inquérito policial. Todavia, há grande controvérsia a respeito da necessidade de autorização judicial para acesso ao conteúdo das mensagens veiculadas pelo *WhatsApp*.

2.2. A necessidade de autorização judicial

Sobre a necessidade de autorização judicial para o acesso ao conteúdo das conversas de *WhatsApp* de telefone celular apreendido, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão no julgamento do RHC nº 51.531, quando firmou o entendimento de que 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.

O caso do RHC nº 51.531 teve origem num recurso ordinário interposto por Leri Souza e Silva em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, que denegou a ordem em *writ* lá impetrado. O recorrente afirmou que, após a apreensão do aparelho celular, sem qualquer autorização, a Polícia obrigatoriamente teria que ter oficiado do Juízo antes de proceder à devassa unilateral no conteúdo do aparelho telefônico, diante dos riscos naturais do desvirtuamento, acréscimo e exclusões do conteúdo a ser extraído. Alegou, ainda, que a prova obtida sem requerimento ao Juiz natural violaria os ditames do art. 5º, XII, da CF, sendo inadmissível a prova obtida de forma ilícita (art. 5º, LVI, CF/88 c/c art. 157 do CPP). Por fim, o paciente requereu o provimento do recurso para que fosse reconhecida a ilegalidade da prova.

O recurso foi interposto no STJ após o Tribunal de Rondônia ter denegado a ordem e reconhecido que é “válida a transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho celular apreendido com o paciente por ocasião de sua prisão em flagrante, pois estes dados não gozam da mesma proteção constitucional de que trata o art. 5º, XII, da CF”.

Assim, o STJ enfrentou a questão acerca da possibilidade de realização unilateral da perícia no aparelho de telefone celular apreendido quando da prisão em flagrante sem que haja prévia autorização judicial, sendo imprescindível que se traga

à lume os posicionamentos de dois Ministros, quais sejam, Ministro Rogério Schietti Cruz e Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

O primeiro conclui pela ilicitude da prova questionada no bem como para a demonstração que e confirma que, tendo conhecimento do posicionamento erigido pelo STF no HC nº 91.867/PA, conclui que esta ideia já está ultrapassada, principalmente porque este julgamento é datado de 2004, quando os aparelhos celulares eram bem menos sofisticados e carregavam bem menos informações e detalhes íntimos das vidas de seus titulares:

“Não desconheço o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC n. 91.867/PA, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que a Segunda Turma do Excelso Pretório entendeu pela inexistência de coação ilegal na hipótese em que, após a prisão em flagrante, os policiais, ao apreenderem dois aparelhos de celular, procederam à análise dos registros telefônicos. (...) Como se vê, o Ministro Gilmar Mendes relata que ‘as autoridades policiais não tiveram, em nenhum momento, acesso às conversas mantidas entre os pacientes e o executor do crime e, ao apossarem-se do aparelho, tão somente procuraram obter do objeto apreendido, porquanto razoável obtê-los, os elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e da autoria, a teor do disposto no art. 6º do CPP’. Os fatos narrados nesse writ são de 2004, período em que os telefone celulares sabidamente não eram conectados à internet de banda larga como o são já há algum tempo – os chamados smartphones, dotados de aplicativos de comunicação em tempo real –, motivo pelo qual o acesso que os policiais teriam àquela época seria necessariamente menos intrusivo que o seria hoje. Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Após baixados automaticamente no aparelho celular, tais arquivos ficam armazenados na memória do telefone, cabendo ressaltar que a maioria das empresas que disponibilizam tais funcionalidades não guardam os referidos arquivos em seus servidores. Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea. (...) Nesse sentido, tome-se o exemplo de um smartphone: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam em muito o conceito de coisa ou de telefone. Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um smartphone, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? (...) Por isso, o precedente do HC n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante. (...)”

Grifo meu.

O Ministro também utiliza de jurisprudência comparada e fala sobre o famoso caso *Riley v. California*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que é necessário um mandado para que se tenha acesso ao conteúdo veiculado pelo aplicativo. Por mim, o Ministro conclui que o acesso aos dados do celular e às conversas de *WhatsApp* sem ordem judicial violam a intimidade de seu dono, votando pelo reconhecimento da nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do paciente sem autorização judicial, devendo ser desentranhado dos autos tudo que dele se originou:

“Essa hipótese foi melhor analisada na jurisprudência comparada, mais recentemente, na experiência da Suprema Corte norte-americana no julgado *Riley v. California*. (...) David Leon Riley, cidadão norte-americano, em 22/08/2009 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. (...) 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 peticionário 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’. **Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente.** (...) À vista do exposto, e com essas considerações finais, acompanho o voto do relator e **dou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.**”**

Grifo meu.

Em seguida, no seu voto-vista, a Excelentíssima Ministra Maria Thereza de Assis Moura deu seu parecer e trouxe considerações importantes a respeito do acesso aos modernos *smartphones*, frisando a necessidade de autorização judicial, por conterem, atualmente, mais do que uma agenda de contatos e capacidade de fazer e receber ligações, armazenando dados que se relacionam intimamente com a vida privada de seu dono:

“(...) Nos tempos que correm, os chamados smartphones, dotados de elevada capacidade de armazenamento e amplas funcionalidades, contém invariavelmente uma elevada quantidade de dados pertinentes à esfera íntima de privacidade do seu titular. Os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais, como há pouco tempo atrás, 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. (...)”

Grifo meu.

Todavia, a Ministra reconhece que, a depender da urgência do caso e fazendo-se uma ponderação entre o interesse de agir do estado e o direito à privacidade do agente, o acesso rápido ao celular é capaz de garantir provas indispensáveis à solução do caso, que seriam incapazes de serem reproduzidas posteriormente, trazendo, também mais um caso de jurisprudência comparada, desta vez, o posicionamento da Suprema Corte do Canadá:

“(...) existe ao menos um relevante interesse constitucional a indicar a importância do acesso das autoridades de persecução penal aos dados armazenados em aparelhos celulares de pessoas presas em flagrante. Trata-se do direito à segurança pública, estatuído no artigo 144 da Constituição, norma que impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço (RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011). Entre tais condições objetivas se insere, sem dúvida, a existência de mecanismos eficientes de investigação. Havendo, pois, outro preceito constitucional que se coloca, ao menos parcialmente, em conflito com o direito à intimidade – no que se refere aos dados armazenados em aparelhos celulares –, deve ser levado a cabo um processo de ponderação, que tome em consideração os interesses em jogo. (...) É preciso, pois, que a restrição ao direito fundamental se apresente como adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 111-115). (...) Como bem observado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, o fato examinado naquele caso ocorreu no ano de 2004, quando os aparelhos celulares não detinham a capacidade funcional e de armazenamento atual, tendo sido verificadas, apenas, as ligações telefônicas recebidas pelo preso em flagrante. Diante da evolução tecnológica pela qual tais aparelhos passaram, a jurisprudência de diversos países tem voltado a se debater

sobre o tema, reconhecendo o alto grau de violação da intimidade inerente ao acesso aos dados neles armazenados. (...) **O tema, porém, é ainda bastante controverso. Pouco após a prolação da referida decisão nos EUA, a Suprema Corte do Canadá, ao decidir R. v. Fearon (2014 SCC 77, [2014] S.C.R. 621), entendeu, por maioria de 4 votos a 3, pela legitimidade do acesso pela polícia aos dados armazenados em aparelho celular, sem a necessidade de prévia ordem judicial, quando realizado tal acesso na sequência de uma prisão em flagrante.** No caso concreto, dois homens – um deles armado com uma espingarda – roubaram uma comerciante enquanto ela transferia joias para o seu carro, fugindo em seguida. No mesmo dia, mais tarde, policiais encontraram o veículo da fuga, prenderam os suspeitos e, ao revistar um deles, encontraram um aparelho celular em seu bolso. Acessando imediatamente os dados constantes no aparelho, encontraram mensagens em que os suspeitos comunicavam que haviam realizado o roubo, bem como algumas fotos, inclusive da espingarda utilizada para a prática do crime. Um dia depois, com base em um mandado judicial de busca e apreensão para o exame do veículo, a espingarda, utilizada no roubo e retratada na foto, foi encontrada. Meses depois, as autoridades policiais requereram e obtiveram judicialmente a quebra do sigilo dos dados telefônicos, mas não foram encontradas novas evidências. **A Suprema Corte canadense admitiu a legitimidade do acesso aos dados incidentalmente à prisão, ainda que sem ordem judicial, e reconheceu a validade das provas obtidas por este meio. De acordo com o entendimento adotado, a prerrogativa de acesso aos dados do aparelho celular incidente a uma prisão é admitida excepcionalmente, servindo a importantes objetivos da persecução penal, pois auxilia as autoridades policiais na identificação e mitigação de riscos à segurança pública, na localização de armas de fogo e produtos roubados, na identificação e localização de cúmplices dos delitos, na localização e preservação de provas, na prevenção da fuga de suspeitos, na identificação de possíveis riscos às autoridades policiais e na continuidade imediata da investigação.** Reconheceu-se a existência de um ‘elemento de urgência’ no acesso aos aparelhos celulares, que sustentam a extensão do poder ínsito à prisão em flagrante.”

Grifo meu.

A Ministra, ao reconhecer a necessidade do acesso *incontinenti* ao conteúdo de um aparelho celular, também traz quatro condições que devem ser cumpridas pela Autoridade Policial em tais casos. Vejamos:

“(...) Por outro lado, consignou-se a necessidade de observância de quatro condições para a legitimidade da medida, com o objetivo de balancear os interesses inerentes à persecução penal e ao direito fundamental à privacidade: **a) a prisão tem de ser lícita; b) o acesso aos dados do aparelho celular tem de ser verdadeiramente incidental à prisão, realizado imediatamente após o ato para servir efetivamente aos propósitos da persecução penal**, que, nesse contexto, são os de proteger as autoridades policiais, o suspeito ou o público, preservar elementos de prova e, se a investigação puder ser impedida ou prejudicada significativamente, descobrir novas provas; **c) a natureza e a extensão da medida tem de ser desenhadas para esses propósitos**, o que indica que, em regra, apenas correspondências eletrônicas, textos, fotos e chamadas recentes podem ser escrutinadas; **d) finalmente, as autoridades policiais devem tomar notas detalhadas dos dados examinados e de como se deu esse exame**, com a indicação dos aplicativos verificados, do propósito, da extensão e do tempo do acesso. (...) **Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade**

da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. (...) Com isso, seriam observados, em medida proporcional, os interesses constitucionais envolvidos, isto é, o direito difuso à segurança pública (artigo 144) e o direito fundamental à intimidade (artigo 5º, X)."
Grifo meu.

Esta, portanto, é a visão do Superior Tribunal de Justiça. Mas o Supremo Tribunal Federal, ao analisar questão análoga de acesso aos dados de telefone celular, tem um antigo precedente, o HC nº 91.867/PA, mencionado no voto-vista do Ministro Rogério Schietti Cruz. Os fatos deste famoso *Habeas Corpus* remontam ao ano de 2004 e, naquela ocasião, o STF firmou o entendimento de que seria dispensável a autorização judicial.

No caso em análise, o STF asseverou que não há de se falar em ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial, pois 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/88, no sentido de proteção aos dados enquanto registro. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.

O Tribunal também revelou que é dever da Autoridade Policial proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao realizar a pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, a Autoridade Policial, cumprindo seu dever, deve objetivar, única e exclusivamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o sistema probatório brasileiro não admite pela Carta Magna vigente, a utilização das provas ilícitas. São poucas as mudanças no sentido contrário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mas a situação peculiar das provas obtidas pelo *WhatsApp* revela-se como um ponto que tem trazido controvérsias nos Tribunais.

Verificou-se, também, que, pelo precedente do HC nº 91.867-STF, é possível a verificação de registros das últimas ligações realizadas e recebidas ou dos nomes existentes em agenda de telefone celular apreendido pelo Delegado de

Polícia, sem a necessidade de autorização judicial. Todavia, esse entendimento pode estar superado, como revelou o STJ no julgamento do RHC nº 51.531.

Este julgamento também trouxe à tona que a necessidade de autorização judicial deve ser analisada no caso concreto principalmente no que tange à urgência da produção da prova.

Por fim, concluo que a discussão aqui realizada ainda sofrerá grandes reviravoltas, principalmente devido ao momento político que vivemos em nosso país, com as delações premiadas e as interceptações telefônicas que, por vezes, parecem atingir garantias constitucionais.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº. 9.296/96. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº. 9.472/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.965/14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único, 5ª edição, revisada, ampliada e atualizada, Salvador, Ed. Juspodivm, 2017.

Rangel, Paulo. Direito Processual Penal, 18ª edição, revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 51.531. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-copus-rhc-51531-ro-2014-0232367-7/relatorio-e-voto-340165682>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>>. Acesso em: 05 jun. 2017.