

TEMA:

ACESSO À DISPOSITIVO TELEFÔNICO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, DURANTE APREENSÃO POLICIAL.

Supremo Tribunal Federal

Plenário:

EMENTA CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. **PERÍCIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM APARELHO CELULAR ENCONTRADO FORTUITAMENTE NO LOCAL DO CRIME. ACESSO À AGENDA TELEFÔNICA E AO REGISTRO DE CHAMADAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM QUE SE RECONHECEU A ILICITUDE DA PROVA (CF, ART. 5º, INCISO LVII) POR VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES (CF, ART. 5º, INCISOS XII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.**

Manifestação Min. DIAS TOFFOLI: A meu ver, a matéria suscitada no recurso extraordinário **é dotada de natureza constitucional, visto que diz respeito, a um só tempo, (i) à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e (ii) à impossibilidade de utilização, no processo, de provas supostamente obtidas por meio ilícitos.** Essas garantias constitucionais mantêm estreito vínculo entre si e regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas destinadas ao Estado, o que, no caso em apreço, será **decisivo para se determinar a legitimidade da atuação da autoridade policial no papel de proceder à coleta de elementos e informações hábeis a viabilizar a persecução penal.**

(ARE 1042075 RG, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, j. 23.11.2017) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6356**).

Segunda turma:

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. [...] 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 probatório 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. [...] 4. Ordem denegada.

(HC 91867, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, j. 24.04.2012) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6357**).

Habeas corpus. 2. **Acesso a aparelho celular por policiais sem autorização judicial. Verificação de conversas em aplicativo WhatsApp. Sigilo das comunicações e da proteção de dados. Direito fundamental à intimidade e à vida privada. Superação da jurisprudência firmada no HC 91.867/PA. Relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas. Mutações constitucionais. Necessidade de autorização judicial.** 3. Violação ao domicílio do réu após apreensão ilegal do celular. 4. Alegação de fornecimento voluntário do acesso ao aparelho telefônico. 5. Necessidade de se estabelecer garantias para a efetivação do direito à não autoincriminação. 6. Ordem concedida para declarar a ilicitude das provas ilícitas e de todas dela derivadas.

Voto Min. GILMAR MENDES: Tradicionalmente, a doutrina entendia que a inviolabilidade das comunicações não se aplicava aos dados registrados, adotando uma interpretação mais estrita da norma contida no art. 5º, XII, da CF/88. Partia-se da compreensão que os dados em si não eram objeto de proteção, mas somente as comunicações realizadas. [...] Creio, contudo, que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do

tráfego de dados e dos aparelhos smart phones leva, nos dias atuais, à solução distinta. Ou seja, penso que se está **diante de** típico caso de mutação constitucional. Questiona-se se o acesso a informações e dados contidos nos celulares se encontra ou não expressamente abrangido pela cláusula do inciso XII do art. 5º. Contudo, ainda que se conclua pela não inclusão na referida cláusula, entendo que tais dados e informações encontram-se abrangidos pela proteção **à intimidade e à privacidade, constante do inciso X do mesmo artigo.**

(HC 168052, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, j. 20.10.2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6358**).

Nosso Comentário: A Segunda Turma se pronunciou sobre o tema de acesso aos registros contidos nos aparelhos celulares por autoridades policiais sem autorização judicial já em 2012, no HC 91.867/PA. Nessa oportunidade, em votação unânime, entendeu-se que os registros telefônicos não seriam enquadrados sob a cláusula do art. 5º, XII, da Constituição da República: a dita proteção estaria limitada à comunicação dos dados e não aos dados em si.

O potencial tecnológico e a amplitude de funcionalidade dos dispositivos que nos acompanham diariamente mudou drasticamente desde então – o que foi reconhecido na mesma Segunda Turma, no HC 168.052/SP. Por maioria, a Col. Turma entendeu que o posicionamento previamente referido tornou-se superado ante à drástica alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas – além de todo o movimento legislativo nacional e internacional em prol de proteção desses dados – tornando-se indispensável a autorização judicial prévia a seu acesso.

Em 2017, o Tribunal Pleno da Suprema Corte reputou, por unanimidade, constitucional a questão, em razão de envolver a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e à limitação de emprego de provas obtidas por meios ilícitos. A repercussão geral também foi reconhecida e restou configurada no Tema 977, atualmente pautado para julgamento em 15/06/2022 (DJe nº 249/2021). Importa ressaltar que a temática trata de acesso à agenda telefônica e ao registro de chamadas – ambos aspectos diminutos em comparação com a incomensurável quantidade de dados captados diariamente pelos nossos *smartphones*.

Superior Tribunal de Justiça

Quinta turma:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. **PRISÃO EM FLAGRANTE. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS (CONVERSAS DE WHATSAPP). VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA.** ART. 157 DO CPP. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO. 1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, **houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp).** 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter

requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. **Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do investigado, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP.** Precedentes do STJ. 3. Recurso em *habeas corpus* provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos, exame que será feito pelo Juízo de 1º Grau.

(RHC 101.585/MG, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, j. em 18.10.2018) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6359**).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. **ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO CORRÉU. AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DESSA MEDIDA. ABSOLVIÇÃO.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior já se manifestaram que “É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do whatsapp) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular”.** 2. Hipótese em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por decisão unânime, absolveu o paciente e correu da imputação do delito de associação para o tráfico de drogas, uma vez que reconhecida a falta de comprovação do vínculo subjetivo entre os agentes e a ilicitude da prova colhida no celular do correu, sem autorização judicial. Estando apoiada a condenação pelo delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, exclusivamente nessa prova reconhecidamente ilegal, impõe-se a absolvição do paciente. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 516.857/SP, Min. Rel. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, j. em 18.05.2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6360**).

Sexta turma:

PENAL. PROCESSO 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 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.

Trecho do voto do Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ: 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. (...) **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 (...). 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. A partir desse panorama, a doutrina nomeia o chamado **direito probatório de terceira geração**, que trata de “**provas invasivas**, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais” (...).

Trecho do voto da Min.^a MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Diante da situação concreta posta no presente recurso, **para a validade da obtenção dos dados caberia às autoridades policiais realizar imediatamente a apreensão do aparelho e postular ao Poder Judiciário, subsequentemente, a quebra de sigilo dos dados armazenados no aparelho celular.** Não tendo assim procedido, a prova foi obtida de modo inválido, devendo ser desentranhada dos autos, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.

(RHC 51.531/RO, Min. Rel. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, j. em 09.05.2016) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6361**).

PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 241-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **NULIDADE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO A DADOS. INEXISTÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE NA HIPÓTESE.** 1. A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos, como *smartphones* e *tablets*, encontra guarida constitucional, importando a prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação. 2. **O entendimento prevalecente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal é o de que são ilícitas as provas obtidas de aparelhos celulares sem prévia e devida autorização, seja judicial seja do réu, ressalvados os casos excepcionais.** 3. **No entanto, deve ser realizado um *discrimen* nos casos em que a materialidade delitiva está incorporada na própria coisa. É dizer, quando se tratar do próprio corpo de delito, ou seja, quando a própria materialidade do crime se encontrar plasmada em fotografias que são armazenadas naquele aparelho, como na espécie, a autorização judicial não será imprescindível.** 4. Recurso desprovido.

Trecho do voto vencedor: Como cediço, o entendimento prevalecente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal é o de que são ilícitas as provas obtidas de aparelhos celulares sem prévia e devida autorização, seja judicial seja do réu, ressalvados os casos excepcionais em que a observância de tal procedimento põe em risco a integridade de vítima ou traz prejuízos à investigação. (...) Pois bem. Conforme consta dos autos, a *vexata quaestio* cinge-se a saber se a autorização judicial para a apreensão de elementos de prova é imprescindível em qualquer hipótese ou se haveria alguma situação em que tal expediente seria despiciendo, v. g., em razão de o aparelho celular constituir o próprio corpo de delito, como no caso vertente, em que o recorrente foi denunciado por divulgar, por meio do aplicativo *Whatsapp*, fotografia pornográfica envolvendo uma adolescente (e-STJ fl. 22). **Com efeito, nas hipóteses em que os meios de prova são obtidos por meio dos elementos encontrados em algum objeto pessoal, v. g., o aparelho celular, como *in casu*, a reserva de jurisdição é medida que se faz premente. Ao revés, nos casos em que a materialidade delitiva está incorporada na própria coisa, aqui a autorização judicial já se mostra prescindível, como é o caso do delito inserto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

(RHC 108.262/MS, Min. Rel. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO,

Sexta Turma, j. em 05.09.2019) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6362**).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. **ACESSO A DADOS DE APLICATIVO CELULAR 'WHATSAPP' SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE. NULIDADE DA PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS.** 1. **A extração de dados de aparelho celular sem autorização judicial viola o artigo 157 do Código de Processo Penal, devendo a prova ser desentranhada dos autos se da hipótese não se desprende qualquer fundamento que possa justificar a urgência, em caráter excepcional, do acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular.** 2. O prévio trabalho investigativo das autoridades policiais, que culminou com a identificação do fato e de seus autores, bem assim como o indiciamento do recorrente, não resta contaminado pelo posterior acesso não autorizado aos dados do aparelho celular, bastando o desentranhamento dos autos dos documentos extraídos do aparelho celular e a supressão do parágrafo final dos depoimentos policiais, que fizeram referência ao conteúdo das conversas via *whatsapp*. 3. Recurso parcialmente provido.

(RHC 76.324/DF, Min. Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, j. em 14.02.2017) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6363**).

Nosso comentário: A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal Justiça firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular – notadamente modelos *smartphones* –, decorrentes v.g. de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (“*WhatsApp*”), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidas diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel. Com efeito, a jurisprudência do Tribunal da Cidadania, embora não ignore o vetusto precedente da Suprema Corte firmado HC n. 91.867/PA, tem se mostrado sensível para a nova realidade dos *smartphones*, os quais, para muito além de simples aparelhos telefônicos, são dotados de elevada capacidade de armazenamento e amplas funcionalidades, contendo invariavelmente uma elevada quantidade de dados pertinentes à esfera íntima de privacidade do seu titular (RHC 51.531/RO). No entanto, é preciso dizer que, ainda a respeito da situação específica dos *smartphones*, a Corte excepciona a consulta de dados sem prévia autorização judicial em dois contextos (RHC 108.262/MS): **(i)** nos casos em que a materialidade delitiva está incorporada na própria coisa (corpo de delito); e **(ii)** nos casos excepcionais em que a observância de tal procedimento coloque em risco a integridade de vítima ou possa trazer prejuízos à investigação.

Compilação e curadoria científica de:
**Anderson Bezerra Lopes, Eliakin Pires Tatsuo e
Gessika Christiny Drakoulakis.**