

**FAMIG – FACULDADE MINAS GERAIS  
GEAN RODRIGUES DA CRUZ  
RAFAEL ANDREATTA**

**A ILICITUDE DO USO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DOS APLICATIVOS  
DE CONVERSAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

**Belo Horizonte**

**2021**

**GEAN RODRIGUES DA CRUZ  
RAFAEL ANDREATTA**

**A ILICITUDE DO USO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DOS APLICATIVOS  
DE CONVERSAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Monografia apresentada a Famig – Faculdade Minas  
Gerais, como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Rosilene Queiroz

**Belo Horizonte  
2021**

**GEAN RODRIGUES DA CRUZ**  
**RAFAEL ANDREATTA**

**A ILICITUDE DO USO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DOS APLICATIVOS  
DE CONVERSAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Monografia apresentada a Famig – Faculdade Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Rosilene Queiroz

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.. Rosilene Queiroz  
Orientador (Faculdade Minas Gerais - FAMIG)

---

Prof. Ms. (Nome do Professor)  
Membro (Instituição de origem)

---

Prof. Dr. (Nome do Professor)  
Membro (Instituição de origem)

Belo Horizonte, 21 de maio de 2021

*Dedico o presente trabalho de conclusão de curso a minha família pai, mãe e irmãos que sempre estão me apoiando. Dedico também a professora Rosilene Queiroz pela sua atenção dedicada ao longo de todo o processo de desenvolvimento deste presente trabalho.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus que me deu forças e me permitiu concluir este trabalho de forma satisfatória. A Ele toda glória, honra e louvor.

*A verdadeira motivação vem de realização, desenvolvimento pessoal, satisfação no trabalho e reconhecimento (HERZBERG-, 2000)*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a ilicitude do uso de provas obtidas por meio dos aplicativos de conversas na investigação criminal, em especial no momento da abordagem policial e lavratura do auto de prisão em flagrante. Para tal análise utilizou-se o Método Hipotético-Dedutivo, levantando-se hipóteses viáveis para responder o tema-problema. Deveras, as hipóteses serão testadas, a fim de determinar sua veracidade. Portanto, este trabalho defende a possibilidade de equiparação dos diálogos desenvolvidos em aplicativos às comunicações telegráficas, passando a gozar da proteção apresentada pelo artigo 5º, XII, da CRFB/88 e Lei nº 9.296/1996, o que resulta na impossibilidade de acesso às conversas via aplicativo de um investigado sem prévia autorização judicial. Ora, sendo necessária autorização judicial para a coleta e uso dos diálogos de aplicativos como prova, quando feita sem determinação do Poder Judiciário, deve ser considerado prova ilícita, desentranhada dos autos e desconsideradas na fundamentação de uma sentença penal condenatória.

Palavras-chave: Provas. Acesso aos dados telefônicos. Ilicitude. Autorização judicial. Garantias constitucionais.

## **ABSTRACT**

The present work aims to analyze the illegality of the use of evidence obtained through the applications of conversations in the criminal investigation, especially at the time of the police approach and drawing up the arrest record in the act. For this analysis, the Hypothetical-Deductive Method was used, raising viable hypotheses to answer the problem-theme. Indeed, the hypotheses will be tested in order to determine their veracity. Therefore, this work defends the possibility of equating the dialogues developed in applications with telegraphic communications, starting to enjoy the protection presented by article 5, XII, of CRFB / 88 and Law n° 9.296 / 1996, which results in the impossibility of access to the conversations via an investigated app without prior judicial authorization. However, if judicial authorization is required for the collection and use of application dialogues as evidence, when done without the determination of the Judiciary, it must be considered illicit evidence, unraveled from the records and disregarded in the grounds for a condemnatory criminal sentence.

Keywords: Evidences. Access to telephone data. Illegality. Judicial authorization. Constitutional guarantees.



## **LISTA DE SIGLAS**

APP – Aplicativo

APL – Apelação

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DF – Distrito Federal

HC – Habeas Corpus

MM – Meritíssimo

MP – Ministério Público

PA – Paraná

PIC – Procedimento de Investigação Criminal

RHC – Recurso em Habeas Corpus

RO – Rondônia

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJRO – Tribunal de Justiça de Rondônia

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO .....</b>	<b>12</b>
2.1 Fase pré-processual .....	12
2.2 Momento de produção de provas processuais .....	14
2.3 Direitos e restrições à prova no processo penal .....	16
2.3.1 <i>Adminssibilidade da prova emprestada</i> .....	17
2.3.2 <i>Entendendo as provas ilícitas</i> .....	18
2.3.3 <i>Teoria dos frutos da árvore envenenada</i> .....	20
<b>3 PROVAS.....</b>	<b>23</b>
3.1 Prova Pericial.....	24
3.2 Prova Testemunhal.....	26
3.3 Prova Documental .....	27
<b>4 A ILICITUDE DO USO DAS PROVAS OBTIDAS PELOS APLICATIVOS DE CONVERSAS .....</b>	<b>28</b>
4.1 Os aplicativos de conversas.....	28
4.2 A equiparação dos diálogos realizados em aplicativos de conversa às comunicações telefônicas e ilicitude do uso das provas neles obtidas em processos criminais .....	28
<b>5 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS.....</b>	<b>33</b>
5.1 Habeas Corpus 91.867/PA .....	33
5.2 Recurso em Habeas Corpus 51.531/RO.....	36
5.3 Tribunais estaduais .....	38
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>43</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Cedição é que a fase investigatória visa o levantamento de elementos probatórios hábeis para demonstrar materialidade e indícios de autoria, pela diligência das autoridades policiais em desvendar a verdade real. Contudo, há limites legais a serem cumpridos, sendo que certas coletas de provas somente podem ocorrer com autorização judicial, a fim de serem consideradas lícitas e aptas a fundamentarem decisões condenatórias ou absolutórias.

O presente trabalho discute a ilicitude do uso das provas obtidas por meio dos aplicativos de conversas na investigação criminal, principalmente naquelas coletadas durante abordagem policial ou lavratura do auto de prisão em flagrante, apresentando como tema problema a impossibilidade da utilização da prova conseguida pelo acesso ao *smartphone* do investigado, sem prévia autorização judicial. E para cumprir tal objetivo o trabalho foi dividido em seis capítulos, sendo o primeiro a introdução e o último a conclusão.

Assim, o segundo capítulo coteja sobre o procedimento probatório, o qual perpassa pela fase pré-processual, o inquérito policial, e adentra a fase processual, dividindo-se em quatro momentos, sendo eles respectivamente: proposição, admissão, produção e valoração. Contudo, é preciso se atentar qual a qualidade da prova produzida, a fim de evitar a apresentação daquelas consideradas ilícitas, que podem prejudicar o processo penal.

Neste sentido, o terceiro capítulo especifica os tipos de provas elencados no CPP, tendo em vista a sua importância ao resultado útil do processo. São elas prova pericial, testemunhal e documental. A prova pericial busca de vestígios deixados no local ou em vítimas do crime. Já a prova testemunhal vai ouvir as pessoas sobre os fatos discutidos nos autos. Ainda, há a prova documental, que consiste com acusação e defesa juntando ao processo documentos pertinentes à elucidação dos fatos, podendo ser apresentadas até registros de diálogos nos aplicativos de conversa.

Após discutir sobre a importância das provas, analisar-se-á, no quarto capítulo, o uso dos diálogos enviados por aplicativos de conversa, a fim de questionar a equiparação destes diálogos às comunicações telegráficas, a qual permitiria o emprego da Lei nº 9.296/1996, respeitando-se os limites elucidados no artigo 5º, XII, da CRFB/88. Neste ensejo, esclarece-se sobre pontos da Lei nº 12.965/14, Marco Civil da Internet, que aborda especificamente sobre

a privacidade no mundo digital e o que as empresas devem apresentar quando houver requisição destas comunicações privadas.

Por fim, o quinto capítulo refletir-se-á sobre a possibilidade de ser reconhecer a ilicitude das provas obtidas pelo acesso aos diálogos feitos pelos aplicativos de conversas, sem autorização judicial, considerando os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, que decidiram sobre a questão de modo conflituoso. Diante disso, importante analisar as decisões dos Tribunais Estaduais, para entender qual o posicionamento adotado, uma vez que há decisões diferentes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Não obstante, ressalta-se que o método de pesquisa utilizado foi o Método Hipotético-Dedutivo, tendo como marco teórico o princípio do devido processo legal, nos termos do artigo 5º, inciso LIV da CRFB/88.

## **2 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO**

A produção de provas é o meio utilizado para reconstruir fato histórico. Apesar de ser de modo aproximativo, são as provas elementos essenciais para trazer ao conhecimento do juiz o que aconteceu em determinada situação passada. “Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 557).

Salienta-se que a prova auxilia o magistrado a construir seu convencimento, uma vez que apresenta elementos para motivar sua decisão em sentença. Por isso, é primordial compreender como o procedimento probatório ocorre nas fases processuais.

### **2.1 Fase pré-processual**

Também conhecida como investigação preliminar, é na fase pré-processual que se realiza o inquérito policial, a fim de apurar as infrações penais e sua autoria, conforme artigo 4º do CPP (BRASIL, 1941).

A fase processual é realizada pela polícia judiciária, que busca esclarecer como e quem cometeu uma infração penal. Contudo, o inquérito policial serve para demonstrar outros elementos, tornando-se importante por estas razões. Nas palavras de Aury Lopes Jr. (2020, p. 181-182), nesta fase é possível a busca do fato oculto, a fim de encontrar elementos suficientes de autoria e materialidade para oferecimento de denúncia ou justificação de arquivamento.

Ademais, o inquérito auxilia a restabelecer a normalidade social, abalada pelo crime, e afastar o sentimento de impunidade, além de atuar como um filtro processual, para evitar acusações infundadas, por não haver lastro probatório mínimo ou a conduta não ser aparentemente criminosa (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 182).

A investigação preliminar evita que a máquina pública se desgaste processando alguém sem elementos mínimos para comprovar a existência de ação comissiva ou omissiva relevante ou sua autoria.

Para isso, é necessário que a polícia judiciária tenha autonomia suficiente para averiguar os fatos. Entretanto, a investigação deve respeitar delimitações, uma vez que deve ficar adstrito ao objeto específico, apontado na portaria inaugural do inquérito policial.

Toda essa delimitação acontece por causa da finalidade do inquérito policial, que é fornecer “elementos para decidir entre o processo ou o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 260-261). Portanto, deve seguir as formalidades, para que as provas ali produzidas sejam válidas e lícitas.

A fim de assegurar a legalidade dos atos de investigação, o procedimento é acompanhado por um juiz, que pode ou não autorizar a obtenção de certas provas, necessárias para aclarar os fatos e a forma que acontecerá, bem como cassar atos realizados de ofício pela polícia ou Ministério Público.

A atuação do magistrado baseia-se no princípio da reserva de jurisdição, principalmente quando a coleta de certos dados necessitarem de autorização judicial, pois será preciso mitigar algum direito ou garantia fundamental, elencada no artigo 5º da CRFB/88 (BRASIL, 1988), os ditos direitos de 1ª geração, que tratam sobre a liberdade do indivíduo, a inviabilidade da sua vida privada e intimidade.

Dentre os atos que precisam de autorização judicial, tem-se a interceptação telefônica, disposta pela Lei nº 9.296/96 (BRASIL, 1996), quando é solicitado o acesso à comunicação e aos dados presentes nos telefones particulares dos investigados, correspondência ou comunicações telegráficas, nos termos do artigo 5º, XII da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

[...] Concebe-se a interceptação das telecomunicações telefônicas como uma captação de conversa – telefônica – alheia, ou seja, feita por um terceiro – sem o conhecimento dos interlocutores (interceptação) ou com o consentimento de apenas um deles (escuta) – com intento de colher informações. Dessa forma, a conjectura é de envolvimento de no mínimo 03 (três) sujeitos envolvidos em todo o processo: 02 (dois) que se interagem e o terceiro o qual obtém acesso ao conteúdo da conversa (BORGES; MACHADO, 2019, p. 8).

Tal procedimento de interceptação pode ser determinado de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público, pelo prazo de 15 dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada que a prova é indispensável. Em sua decisão, o magistrado deve deixar claro o período de

interceptação, conforme artigo 5º da Lei nº 9.296/96 (BRASIL, 1996), e fundamentada a necessidade. Salienta-se que:

Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (o resultado) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, disso resultando uma violação indevida daqueles valores (PACELLI, 2017, p. 183).

Ainda, comunicações e dados interceptados fora do prazo de duração devem ser desconsiderados, tendo em vista que são ilícitas e não podem ser usadas para demonstrar indícios de autoria ou materialidade, como pretende o inquérito policial, pois este tipo de prova caracteriza violação de normas ou princípios gerais do nosso ordenamento (GRINOVER, 1997, p. 15). A mesma regra pode se aplicar aos diálogos realizados em aplicativos de conversas.

Não obstante, o inquérito policial é secreto, pois “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”, nos termos de artigo 20 do CPP (BRASIL, 1941). Entretanto, o sigilo é somente para o plano externo, não podendo informar o andamento para o público-geral. Quanto ao plano interno, evita que o sujeito passivo presencie determinados atos, mas não pode impedi-lo de acompanhar o inquérito policial.

É por este motivo que o acusado apenas conhece a existência do inquérito policial e, por conseguinte, de possível interceptação telefônica quando é indiciado, somente podendo suscitar alguma ilegalidade a partir desse momento.

Vale ressaltar que, assim como a polícia judiciária, o Ministério Público também tem poder de investigação, como alude o artigo 129 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), documentando todas as suas apurações no Procedimento de Investigação Criminal – PIC, que seguirá todas as formalidades que o inquérito policial possui.

## **2.2 Momento de produção de provas processuais**

A realização do inquérito policial não é o único momento em que as provas são realizadas, isso porque, como determina o artigo 155 do CPP (BRASIL, 1941), a convicção do juiz deve

ser formada com a prova produzida durante o processo penal, em que será possibilitado o contraditório judicial, instituído pelo artigo 5º, LV da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Enfatiza-se que os atos do inquérito policial, assim como as apurações do PIC, acompanham a denúncia para permitir o juízo de pré-admissibilidade da acusação. “Servirá para que o juiz decida pelo processo ou não processo, pois na fase processual será formada a prova sobre a qual será proferida a sentença” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 270). É preciso ressaltar que durante o inquérito não é permitido o exercício da ampla defesa e do contraditório do acusado.

Logo, no decorrer do processo penal, desenvolve-se o procedimento probatório, com o intuito de revelar a verdade processual, em que os fatos históricos fiquem esclarecidos para formar o convencimento do juiz, como aduz Rangel citado por Salmeirão (2012, p. 20)<sup>1</sup>. Há quatro momentos que a atividade probatória pode ser exercida, sendo elas, respectivamente, a proposição, admissão, produção e valoração.

O procedimento probatório inicia-se na proposição, quando é possível que as partes produzam, insiram, requeiram a produção de uma prova ou apresentem meios que pretendam provar suas alegações e fazer valer sua tese, com o fito de obter decisão favorável aos seus pedidos. Cada parte terá o seu momento distintamente (TAKAYANAGI, 2012, p. 786).

A acusação deve instruir a denúncia (peça acusatória) com todas as provas que julgar necessária, enquanto a defesa deve instruir sua impugnação à peça acusatória, na resposta à acusação, nos moldes dos artigos 396-A e 406, §3º, ambos do CPP (BRASIL, 1941), com os dados probatórios. Em regra, tanto na denúncia quanto na resposta à acusação, as partes devem arrolar suas testemunhas. Hendler (2018, p. 42) acrescenta que “em respeito aos princípios da ampla defesa e a busca pela verdade real, a prova poderá ser requerida em qualquer outro momento”.

Em seguida, é a segunda fase, a de admissão, a qual o juiz examina os pedidos das partes, em relação à pertinência e relevância para o processo, assim como sua correlação com os argumentos expostos. O magistrado pode conceder ou não os requerimentos de provas.

---

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed., rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



Consoante Hendler (2018, p. 42), o indeferimento dos pedidos somente acontecerá caso se verifique circunstâncias de má-fé da parte, tendo em vista seu pretexto de protelação. Isto é, a produção de provas meramente impertinentes ou com caráter protelatório será impossibilitada.

Deferida a produção de provas solicitada, ocorre o terceiro momento, em que são levados ao juízo os elementos precisos para convicção, oferecidos pelas partes (SALMEIRÃO, 2012, p. 16), resultado da execução de seus pedidos. Todavia, esclarece-se que a fase de produção pode se dar em períodos distintos. Conforme Greco Filho e Rassi:

As provas orais são produzidas em audiência ou audiências. A pericial na fase policial ou em juízo. A documental a qualquer tempo, respeitada a oportunidade de contraditório. Poderá, também, haver a produção antecipada, se isso for necessário à preservação da prova em risco de perecer (GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 231).

Também, há provas não repetíveis, as quais, devido sua natureza, não podem ser produzidas novamente ao longo do processo, como exame de corpo delito ou perícia no local do fato. Neste caso, tais provas podem ser utilizadas no processo penal, por não poderem ser repetidas, conforme a parte final do artigo 155 do CPP (BRASIL, 1941).

O último momento do procedimento probatório é a fase de valoração. É a hora em que o magistrado analisa as provas produzidas ao longo do andamento processual, determinando a importância de cada uma, consoante sua convicção, a fim de avaliar a idoneidade dos elementos e sua capacidade de convencimento (TAKAYANAGI, 2012, p. 802). Portanto, o juiz, de posse das provas, compreenderá os fatos e pelo seu raciocínio lógico vai estabelecer o que é verossímil.

### **2.3 Direitos e restrições à prova no processo penal**

O direito à prova decorre do princípio da ampla defesa, disciplinado pelo artigo 5º, LV da CRFB/88 (BRASIL, 1988), que proporciona a participação efetiva do réu, com o intuito de contribuir com o resultado do processo. O exercício da ampla defesa é realizado pela defesa técnica e a produção de provas.

Desta forma, ao proferir a sentença, o magistrado precisa considerar todas as provas apresentadas aos autos, uma vez que se a decisão não expuser os motivos de valorizar uma

prova em detrimento de outras, poderá ser reformada, por haver um *error in iudicando* (erro de julgamento), como entende Eugênio Pacelli (2017, p. 182). Por isso, não se pode ignorar nenhum tipo de prova e o modo de como foi produzida!

### *2.3.1 Admissibilidade da prova emprestada*

A prova emprestada é admitida no processo penal, aplicando-se subsidiariamente o artigo 372 do Código de Processo Civil – CPC (BRASIL, 2015), sendo aquela obtida a partir de outra, produzida originalmente em outro processo. Por esta razão, ela é considerada lícita e deve ser admitida nos autos inteiramente.

A transferência da prova de um processo para outro segue determinadas limitações, dependendo do tipo da prova. A prova documental é limitada às cópias de documentos anexados aos autos diversos, juntando-as ao processo atual.

A prova emprestada é admissível. Todavia, quando se tratar de prova que precisou de autorização judicial, como os decorrentes de quebra de sigilo bancário ou fiscal, o documento gerado não será considerado público para ser juntado em um novo processo, não sendo, portanto, admitido (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 615). Esta regra pode ser estendida para a quebra de sigilo telefônico e diálogos nos aplicativos de conversa.

Por mais que a admissibilidade da prova empresta seja a regra, há casos que não se pode aceitá-las, como as denúncias, sentenças ou acórdãos proferidos em processos contra o mesmo réu, apesar de serem documentos considerados públicos, fácil de ser acessado.

O motivo de sua inadmissibilidade é decorrente da cultura inquisitória, que usará os documentos para comprovar uma periculosidade ou propensão ao delito. Assim, o réu seria punido não pelo o que possa ter feito, mas por uma conduta social, vida pregressa e até outras ilações de estilo (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 615).

Ora, é fato que o magistrado deve se valer do direito à exclusão e retirar tais documentos, por se tratar de provar inadmissíveis. Consoante o entendimento de Antônio Gomes Filho (1997, p. 89), o direito à exclusão é relacionado ao direito à prova, sendo usado como forma de evitar o retrocesso da construção de um processo penal inquisitório. Nesta situação, o defensor deve

pedir o desentranhamento da prova emprestada e, se não for atendido, pode-se impetrar Mandado de Segurança.

Outra prova que pode ser empresta é prova testemunhal ou técnica, com certas limitações também. Nos processos em que a testemunha faleceu ao longo da tramitação, a acusação pode conseguir uma certidão de inteiro teor do depoimento prestado em outra ação penal, desde que os fatos sejam os mesmos.

O grande problema é que o depoimento testemunhal do outro processo não passou pelo contraditório do réu, principalmente porque pode se referir a outros réus. Apesar de ser o mesmo fato, não é ideal para reconstruir o contexto fático específico, pois a prova não está vinculada ao fato apurado (ou que busca negar) (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 615). Portanto, quando a prova emprestada apurar diversos fatos, deve ser desconsiderada para não causar sérios prejuízos ao processo.

### *2.3.2 Entendendo as provas ilícitas*

São consideradas ilícitas as obtidas de forma que infrinjam as normas estipuladas no CPP e CRFB/1988 e desrespeitem os princípios que estabelecem. As provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal e devem ser desentranhadas do processo.

O artigo 157 do CPP (BRASIL, 1941) afirma que são inadmissíveis as provas ilícitas, estabelecendo que estas devam ser desentranhadas por violarem normas constitucionais ou legais. Doutrinariamente, a prova ilícita “viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo)” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 630).

A prova ilícita, em regra, fere os direitos individuais, assegurados pela Constituição, a saber: intimidade, privacidade ou dignidade, por meio de interceptações telefônicas ilegais ou quebra ilegal de sigilo fiscal, bancário, dentre outros. O uso desta prova é vedado pelo artigo 5º, LVI da CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

No entanto, há uma corrente doutrinária que defende a admissibilidade da prova considerada ilícita, mesmo que aquele que a obteve seja processado, caso eventualmente tenha alcançado

violando normas de direito material, em autos separados. Este é o entendimento de Franco Cordeiro (apud LOPES JÚNIOR, 2020, p. 632)<sup>2</sup>, que exemplifica a questão usando uma abordagem policial. Se houver abuso, os agentes responderão pelo abuso, sendo que, contudo, aquelas coisas encontradas, que se relacionem ao crime, devem ser validadas.

Lado outro, há quem defenda o aproveitamento da prova ilícita, em casos excepcionais ou graves. Quando apenas esta prova for o modo possível e razoável de proteger valores fundamentais, com o fito de evitar decisões injustas, é possível utilizar este entendimento em decisões de matéria penal (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 632).

Sempre que o aproveitamento é *pro societate* utiliza-se o argumento da prevalência do interesse público, elencando o princípio da proporcionalidade e fazendo uma ponderação entre os direitos fundamentais, como conceitua Aury Lopes Júnior (2020, p. 633). O grande problema dessa tese é o perigo do retrocesso, por utilizar um conceito abstrato que pode ser usado no caso que julgarem importante.

Há situações em que a prova ilícita é aplicada em prol do réu, sendo admitida e valorada em seu favor. Deveras, a liberdade de uma pessoa considerada inocente deve prevalecer sobre a obtenção ilícita da prova, devido à possibilidade de condenação.

Uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal (GREGO FILHO *apud* LOPES JÚNIOR, 2020, p. 634)<sup>3</sup>.

Para obter a prova de sua inocência é compreensível à violação a direitos individuais, afinal o valor de justiça seria protegido. Observa-se que a admissão dessa prova ilícita é uma excepcionalidade, se favorável à defesa. Diante da iminente condenação, o acusado que obtenha a prova ou por terceiro que saiba da necessidade, haverá exclusão da ilicitude, tendo em vista o estado de necessidade.

Mas mesmo quando a prova for obtida por terceiros sem o conhecimento da necessidade, ou mesmo sem a existência da necessidade (porque ainda não iniciada a persecução penal, por exemplo), ela poderá ser validamente aproveitada no

---

<sup>2</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Spanish: Editorial Temis, 2013.

<sup>3</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

processo, em favor do acusado, ainda que ilícita a sua obtenção (PACELLI, 2017, p. 175).

Como dito, esta permissividade tem a finalidade de proteger, acima de tudo, o direito penal, impedindo a condenação de quem se julga inocente por causa da qualidade da prova, *in casu*, ilícita.

### 2.3.3 Teoria dos frutos da árvore envenenada

Em decorrência da regra de inadmissibilidade da prova ilícita, surge a teoria dos frutos da árvore envenenada, que proíbe o uso das provas ilícitas por derivação, contaminadas pela prova original.

“Uma vez considerada ilícita a prova [...] deve ser verificada a eventual contaminação que essa prova produziu em outras e até mesmo na sentença” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 637). Logo, se uma prova for considerada ilícita, todas que decorrerem dela também serão. Esta teoria foi recepcionada pelo CPP, em seu artigo 157, §1º, que declara que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL, 1941).

O ordenamento brasileiro busca evitar que a persecução penal seja ilegítima, por se pautar em provas obtidas ilicitamente, isso porque, nos dizeres de Eugênio Pacelli:

Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se *legalizasse* a ilicitude da primeira (operação) (PACELLI, 2017, p. 191).

Ora, do que se trata a derivação? Semanticamente, a palavra refere-se ao objeto que deriva ou procede de outro. Contudo, no decorrer do processo penal há dificuldade de definir a derivação no caso concreto. Para entendê-la, é necessário analisar o nexo de causalidade da prova, pois a ilicitude da prova derivada possui a exceção da fonte independente. Isto é, precisa-se entender qual a relação entre a nova prova (derivada) e a prova original, obtida

ilicitamente. Não havendo relação, não há que se aplicar a teoria do fruto da árvore envenenada (GOMES FILHO, 2008, p. 268).

A parte final do §1º do artigo 157 do CPP (BRASIL, 1941) apresenta uma ressalva ao uso da prova derivada de uma considera ilícita. Caso não fique evidente o nexos de causalidade ou as provas derivadas puderem ser obtidas de outras fontes independentes, ela poderá ser utilizada nos autos, por ser uma fonte independente.

Quanto à exceção, no artigo 157, § 2º do CPP (BRASIL, 1941), alude que fonte independente é aquela em que a prova seria encontrada da mesma forma, se tivesse seguidos seus trâmites típicos e de praxe, durante a investigação ou instrução criminal.

A despeito de a legislação usar o termo “fonte independente”, não se pode aplicar a Teoria da Fonte Independente, a qual exige que haja concretamente outra prova lícita, que a prova derivada poderia ter procedido (MORO; MOSER, 2019, p. 294). Para o legislador, o julgador somente precisa analisar se existiria na situação outro meio de obter a prova.

Vale dizer: para o sistema processual brasileiro, não há necessidade de que tenha havido efetivamente uma fonte independente a obter o mesmo meio de prova que o tido como ilícito. Assim, a teoria da fonte independente possui particularidade no Brasil: basta que, hipoteticamente, seja possível a obtenção da prova por outro meio e estará afastada a ilicitude. Não é preciso, concretamente, haver este outro meio de prova com a reforma (DEZEN *apud* MORO; MOSER, 2019, p. 295)<sup>4</sup>.

Assim, o CPP aplica a Teoria da Descoberta Inevitável, a qual admite que a prova derivada possa ser obtida de outro modo lícito e válido, independente de ser originária de uma prova ilícita. Neste diapasão, “esta pode ser utilizada, até mesmo quando há nexos causal entre a prova ilícita e sua derivação, desde que haja garantia de que a mesma poderia, ainda que num plano meramente hipotético, ter sido descoberta de qualquer outra forma” (MORO; MOSER, 2019, p. 292).

Outrossim, frisa-se a possibilidade de utilização da prova derivada decorrente daquela ilícita, nos casos que não restar evidente o nexos de causalidade. Nessa hipótese, conforme Sérgio

---

<sup>4</sup> DEZEN, Guilherme Madeira. **Da prova penal:** Tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium Editora, 2008.

Moro e Manoela Moser (2019, p. 290) aplica-se a chamada Teoria do Nexo Causal Atenuado, sendo a ilicitude diluída por outras circunstâncias apresentadas na investigação, até que não evidencie o nexos de causalidade entre prova ilícita e sua derivada.

Por esta razão, a possibilidade de uso da prova derivada, bem como sua inadmissibilidade, depende da análise do caso concreto e pedido ao julgador, considerando se há causa (ou não) de exceção. Aplicada à teoria dos frutos da árvore envenenada, a prova deve ser desentranhada e desconsiderada no momento de valoração probatória.

### 3 PROVAS

As provas no direito pátrio têm como principais fundamentos a garantia da jurisdição, que é o direito de ser julgado conforme os elementos probatórios produzidos, a presunção de inocência, que tem previsão na CRFB/88 como direito fundamental de todo e qualquer indivíduo, e o *in dubio pro reo* que deixa a cargo de quem acusa comprovar as suas alegações.

Nesse sentido, entende-se que são através delas que se constrói a verdade processual, a serem produzidas pelas partes interessadas. As provas são quem convence o magistrado e ao júri, nos casos específicos para tal procedimento, se a pessoa do acusado é ou não culpado do delito a ele imputado (LOPES JÚNIOR, 2020).

Não obstante, há outros princípios os quais o processo se baseia como o *nemo tenetur se detegere*, que é o direito de silêncio previsto no inciso LXIII, do artigo 5º da CRFB/88, não sendo ninguém, portanto, obrigado a produzir prova contra si mesmo (BRASIL, 1988). Desse modo, tal preceito é considerado como uma autodefesa passiva, visto que o acusado precisa apenas permanecer inerte para que não diga ou faça nada que possa vir a lhe prejudicar.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello decidiu no Habeas Corpus 17.1300/DF, circunstância em que a testemunha não foi obrigada a responder todas as perguntas, tendo em vista o seu direito de autodefesa. Dessa forma, seu silêncio foi devidamente respeitado, haja vista seu direito constitucional de permanecer calada, pois apesar de o testemunho ser um dever das pessoas, também lhes é assegurado esse direito ao silêncio (STF, 2019).

Para mais, o artigo 155 do CPP traz a principiologia do livre convencimento motivado, o qual diz que o juiz irá formar sua convicção a partir das provas produzidas durante o processo, onde há o contraditório e ampla defesa e não apenas nas provas que são realizadas durante a fase do inquérito. Não trata apenas de um princípio legal, vez que o artigo 93, inciso IX da CRFB/88 prevê tal imposição:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).



Dentro do processo penal, o objetivo é chegar o mais próximo possível da verdade fática, por isso a doutrina chamava esse fato jurídico de verdade real. Ocorre que se evidenciou ao passar dos anos é que a “verdade real” era um pouco utópica e, para que pudesse se chegar a ela havia muita arbitrariedade, assim, para evitar violação a direitos, passou a usar a “verdade processual”, que era aquela formulada dentro dos autos a partir dos elementos que possuía.

A finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível (*probable truth*, do direito anglo-americano). A verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão (NUCCI, 2016).

Insta salientar que não há dentro da construção probatória hierarquia de provas, tendo em vista que todas são igualmente admitidas, desde que não seja uma prova ilícita, como já aludido no Capítulo anterior do presente trabalho. É possível, porém, a exigência de meio de prova específico para a apuração de fatos singulares, que é a regra da especificidade da prova, que não é o mesmo que uma hierarquia de provas.

É preciso estar atento ao fato de que toda restrição a determinados meios de prova deve estar atrelada (e, assim, ser justificada) à proteção de valores reconhecidos pela e positivados na ordem jurídica. As restrições podem ocorrer tanto em relação ao meio da obtenção da prova, no ponto em que esse (meio) implicaria a violação de direitos e garantias, quanto em referência ao grau de convencimento resultante do meio de prova utilizado (PACELLI, 2017).

Para tanto, o Título VII do CPP trata quais os meios de provas admitidas, sendo as principais delas a prova pericial, testemunhal e documental. Cada uma delas possuem algumas particularidades que são cruciais para a obtenção da verdade formal, que serão abordadas a seguir.

### **3.1 Prova Pericial**

A prova pericial e exame do corpo de delito está prevista no CPP por diversas vezes, inclusive na parte que fala sobre o inquérito policial, mas é no capítulo II do Título VII é onde trata de forma mais específica. Quando do sistema inquisitorial a figura do perito tinha um papel ainda mais importante, pois este era quem pensava e passava o seu conhecimento ao juiz (LOPES JÚNIOR, 2020).

Em regra, a perícia é realizada, a princípio pela polícia judiciária e, durante o processo, este é indicado pelo juiz. Com o advento da Lei nº 13.964/19, popularmente chamada de pacote anticrime do então Ministro da Justiça Sérgio Moro, foi incluído os artigos 158-A, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F que regulamenta a Cadeia de Custódia, que é “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (BRASIL, 2019).

Tal inovação se deu com a preocupação em zelar pelas provas, a fim de que estas não se percam no decorrer do tempo. A também chamada “Central de Custódia” não deve ser, de forma alguma violada, no qual, segundo Leonardo Marcondes Machado (2019), caso isso ocorra, tal prova deve ser considerada como ilícita.

Não obstante, o Código Processual Penal prevê a possibilidade de contraprova pericial, na qual o interessado escolherá um profissional que possui conhecimento técnico para elaborar laudo, que será inserido no processo como prova documental. Caso haja divergência, o juiz poderá nomear um terceiro perito e, caso ainda permaneça alguma controvérsia, aplicar-se-á o Princípio do *in dubio pro reo* (RANGEL, 2010).

O Exame de Corpo de Delito é de extrema importância, pois é feito com a coisa ou a pessoa envolvida no delito, esse pode ser feito direta ou indiretamente, conforme estipula o artigo 158 do CPP. Dessa forma, tal exame é realizado quando o crime deixar vestígios materiais. Assim, é importante salientar que nenhuma prova deve se sobrepor às outras, visto que todas são passíveis de erros, inclusive a prova pericial.

Apesar de haver grandes avanços nas ciências, isso não significa de maneira alguma que não há equívocos quando da apuração do fato, pois é demonstrado certa verossimilhança do delito, haja vista a relatividade das provas (NUCCI, 2016). O magistrado deve analisar igualmente todas as provas produzidas, para que a junção de todas elas o leve à uma decisão mais acertada possível.

### 3.2 Prova Testemunhal

A prova testemunhal está prevista a partir do artigo 202 do CPP, que fala que todos podem ser testemunhas e esta será feita sempre de forma oral (BRASIL, 1941). Obviamente, como a maioria das regras, há algumas exceções, como aquelas pessoas que são parentes, amigos próximos e outros que a lei considera como suspeita, podendo, em alguns casos, serem ouvidas como informantes. As testemunhas são indicadas pelas partes, e o rol varia a depender do rito processual. Frisa-se que a pessoa do depoente não pode se eximir de depor, conforme determina o artigo 206 do CPP (BRASIL, 1941).

Destarte, no Processo Penal brasileiro esta prova é uma das mais utilizadas, devido às muitas limitações técnicas que a polícia judiciária possui. No entanto, esta é manipulável, visto que, embora a pessoa, ao testemunhar, é advertida que deve falar sempre a verdade, muitas vezes não cumpre com esse compromisso (GRECO FILHO; RASSI, 2015). Historicamente ela era chamada de a “prostituta” das provas, haja vista essa facilidade de adulterada.

Em vista disso, sempre que possível, é indicada mais de uma testemunha, com a finalidade de se chegar o mais próximo possível da verdade fática. Há, recorrentemente, devido a demora no julgamento do processo, a perda da memória do fato. Isso é comum, pois nem todas as pessoas lembram nitidamente do que aconteceu no passado, ainda mais nos casos em que a pessoa não conhece os envolvidos, a respeito disso Aury Lopes Jr. (2020) Afirma:

A testemunha não só deve comparecer senão que deve declarar de forma efetiva sobre o fato, permitindo a plena cognitio do juiz e das partes, ademais de permitir identificar eventuais contradições entre as versões anterior e atual. A oralidade garante a imediação e ilumina o julgador, que, com o contato direto, dispõe de todo um campo de reações físicas imprescindíveis para o ato de valorar e julgar. O ato de confirmar o anteriormente dito, sem efetivamente declarar, impede de alcançar os fins inerentes ao ato. A ratificação ou retificação deve ser aferida ao final, após a declaração integral, pelo confronto com a anterior (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 650)

Desse modo, importa enunciar que essa prova deve ser usada estrategicamente e inteligentemente dentro do processo, visto a sua complexidade no caso concreto, que envolver diversos fatores, inclusive o fator memória. O magistrado, ao formar seu convencimento através dessa prova deve prezar pela coerência entre as falas e quais pontos há menos divergências, pois, caso haja muita discordância dentre os depoimentos, também deverá ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

### 3.3 Prova Documental

O significado de documento foi objeto de discussão tanto no direito civil, quanto no criminal. Conforme o artigo 232 do CPP, são considerados documentos “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. As conversas de WhatsApp são consideradas provas documentais, independentemente se serem apenas escritos ou áudios, visto que o conceito de documento se estende aos áudios e audiovisuais (NUCCI, 2016).

As provas documentais podem ser produzidas a qualquer momento no processo, com exceção às ressalvas do Tribunal do Júri, previstas no art. 479, do CPP, que determina que a apresentação dos documentos deve ser realizada com o mínimo de três dias úteis, sendo proibida, conforme parágrafo único do mesmo artigo “Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados” (BRASIL, 1941).

No mais, essa permissão de a prova ser apresentada a qualquer momento do processo é devida à sua pequena complexidade. Como já dito, se houver qualquer ilegalidade na sua obtenção, será, nesse caso, considerada como prova ilícita e são, por determinação do juiz, desentranhadas do processo imediatamente.

Conforme colaciona o artigo 236 do CPP os documentos que estiverem em língua diversa ao vernáculo, podem ser inseridos de imediato, porém, caso precise, serão traduzidos por tradutor público, ou, caso não haja, por uma pessoa idônea nomeada pelo magistrado (BRASIL, 1941).

Por fim, destaca-se como uma prova documental que é recorrentemente utilizada a interceptação telefônica, que será objeto de análise mais detalhada ao decorrer do presente trabalho, tendo em vista a problemática aqui trazida.

## **4 A ILICITUDE DO USO DAS PROVAS OBTIDAS PELOS APLICATIVOS DE CONVERSAS**

Com o avanço tecnológico e necessidade de agilidade nas comunicações, os aplicativos de conversas ganharam destaque, passando a fazer parte da rotina das pessoas, por permitir o envio de mensagens de texto, áudio, fotos, vídeos e documentos. Atualmente, consegue-se fazer ligações de áudio ou vídeo por aplicativos. É possível usar os *APPs* para realizar contatos profissionais e estreitar suas relações pessoais.

### **4.1 Os aplicativos de conversa**

Os aplicativos de mensagem, em sua maioria, são gratuitos, podendo ser usados nos sistemas dos *smartphones*, no *desktop* dos computadores ou na versão *web*. Por permitir a troca de mensagem simultânea, diminui a distância entre as pessoas de outras cidades, estados ou até países.

Vale ressaltar que alguns *APPs*, como o *WhatsApp*, “é somente ferramenta que transmite mensagens, por meio da internet, não havendo registro das comunicações em servidores do aplicativo” (HENDLER, 2018, p. 61), que são criptografadas, sendo impossível manter um banco com todos os diálogos de modo permanente.

Não havendo armazenamento e possibilitando que as conversas sejam mais rápidas, os aplicativos de mensagens passaram a ser usados para ocorrência de crimes, principalmente aqueles que envolvem concurso de agentes, por assegurar a certeza da impunidade dos envolvidos.

### **4.2 A equiparação dos diálogos realizados em aplicativos de conversa às comunicações telefônicas e ilicitude do uso das provas neles obtidas em processos criminais**

Os diálogos desenvolvidos nos aplicativos de conversa possuem um sigilo natural, feito pelo próprio desenvolvedor do *APP*, sendo acessados somente pelos seus usuários, salvo se enviar conversas a terceiros por sua livre vontade. Ora, as conversas realizadas em aplicativos possuem a proteção ao sigilo assim como as comunicações telefônicas?

Deveras, salienta-se que o artigo 5º, XII, da CRFB/88 protege o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, o qual pode ser mitigado por ordem judicial, nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

Esta garantia constitucional refere-se às ligações e mensagens trocadas por mensagens escritas em e-mails pelas pessoas, até porque a Constituição Federal de 1988 não previu expressamente o sigilo das conversas realizadas por aplicativos, uma vez que à época essa tecnologia não era nem imaginada.

Assim, para conferir a proteção do inciso XII do artigo 5º da CRFB/88 às conversas de aplicativo, é necessário interpretar o texto constitucional à luz da nova realidade fática, ampliando-se o conceito de comunicação e equiparando os aplicativos de conversas, como o *WhatsApp*, ao e-mail e outras formas de diálogo já protegidas.

Neste sentido, Caroline Reis (2017, p.14) assevera que “igualar-se as conversas de *WhatsApp* ao correio eletrônico, ainda tenham finalidades diversas, mas que se consubstancia na mesma proteção constitucional”. Tal explicação, ao se referir ao *WhatsApp*, pode ser estendida aos demais aplicativos de conversas, como o *Telegram*, *Hangouts*, *Facebook Messenger* e *Skype*, por exemplo.

Em relação à equiparação dos diálogos dos *APPs* de conversas às comunicações telefônicas, há pensamento de que não seria possível aplicar a Lei nº 9.296/1996, como explana Éverton Hendler:

Salutar a conclusão que a Lei em comento, *lato sensu*, não abrange as comunicações entre interlocutores por meio do *WhatsApp*, pois a disposição legislativa abrange tão somente a interceptação, *real time*, da comunicação, o que, por conta da segurança implementada no aplicativo, é inviabilizada (HENDLER, 2018, p. 62).

Dessa forma, a Lei de Interceptação Telefônica não seria aplicada ao acesso às mensagens do *APPs*, pois a lei fala em interceptação e o que o aplicativo permite é somente a consulta direto no aparelho, um simples acesso.

Seguindo este entendimento, por mais que as mensagens de aplicativos sejam consideradas como comunicação, não é possível interceptar o fluxo da comunicação, determinado pelo § único do artigo 1º da Lei nº 9.296/1996 (BRASIL, 1996), que assevera que a aplicação da referida lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Além disso, argumenta-se que:

Com a leitura do preceito constitucional e a criação da lei para regulamentar o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, conclui-se que a interceptação telefônica só poderia ocorrer em relação aos casos de comunicação telefônica, sendo impossível quebrar o sigilo em relação aos dados constantes nas correspondências postais, telegráficas e comunicações telemáticas (BRANCO *apud* MOTTA, 2019, p. 127)<sup>5</sup>.

Todavia, assunto ainda é tema controvertido. De modo diverso, Débora Motta (2019) defende que toda informação produzida por um indivíduo deverá ter seu acesso protegido de terceiros, seja quando feita por meio de correspondência (carta, e-mail), comunicação telegráfica ou de dados (mensagens, aplicativos de mensagem), nos termos da Lei nº 9.296/1996, que regulamenta a aplicação do artigo 5º, XII da CRFB/88.

Cediço é que a medida de interceptação é medida excepcional, que deve ser feita com autorização judicial, de ofício ou a requerimento, segundo o artigo 3º da Lei nº 9.296/1996 (BRASIL, 1996), para não ferir ao direito à intimidade e privacidade.

É importante esclarecer que este direito à privacidade preserva a vida de uma pessoa do conhecimento alheio, cuidando da própria vivência (MARQUES, 2010). Assim, as normas brasileiras asseguram a intimidade da vida privada, como explana o artigo 5º, X da CRFB/88, que alude que “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” (BRASIL, 1988).

Por isso, para resguardar o direito à intimidade e privacidade, utiliza-se o princípio do sigilo, inclusive em desfavor do Estado, que deve ser o primeiro a proteger as informações que possui conhecimento, não desnudando a terceiros (OLIVEIRA, 2014).

---

<sup>5</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. Direito à liberdade e à vida Privada. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDEZ, Gilmar Ferreira (org.). **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Com a intenção de proteger o direito à privacidade e princípio ao sigilo, criou-se a Lei nº 12.965/14, a Lei do Marco Civil da Internet, para que os *APPs* e demais relações no âmbito virtual sejam regulamentadas, evitando a inviolabilidade do fluxo de comunicações pela internet e o armazenamento de mensagens privadas.

Respeitando a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 12.965/14, no artigo 3º, incisos II e III, ressalta que nas comunicações via internet deve-se empregar os princípios de proteção à privacidade e dados pessoais (BRASIL, 2014).

Entretanto, assim como a Lei de Interceptação das Comunicações Telefônicas, a Lei do Marco Civil da Internet mitiga o direito à privacidade, pois seu artigo 7º, inciso III, quando apresenta o rol dos direitos e garantias dos usuários da internet, permite o acesso de comunicações privadas por meio de ordem judicial (BRASIL, 2014). Por mais que pareça uma redundância benéfica, este inciso define que os dados privados armazenados devem ser protegidos como as demais transmissões, como as ligações (GUERRA, 2014).

Dessa forma, é evidente que o legislador aplicou uma proteção que não está no texto constitucional, mas que se estende por dedução lógica (MARCACINI, 2016). Não obstante, o artigo 10 da Lei nº 12.965/14 trata da guarda e armazenamento, estabelecendo uma política de preservação das mensagens e dados pessoais dos usuários de uma empresa gestora, a qual precisa da anuência para que a coleta seja adotada. Observe.

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º (BRASIL, 2014).

Como se pode observar, o §2º do artigo 10 supramencionado protege as comunicações privadas, aludindo que as empresas dos aplicativos somente podem disponibilizar informações sob ordem judicial, as quais se destinam apenas a identificação do usuário ou o aparelho em que este está cadastrado.



Contudo, apesar da Lei nº 12.965/14 determinar o acesso de informações privadas dos usuários, mediante ordem judicial, este acesso pelo Poder Judiciário enfrenta a impossibilidade das empresas gestoras de realizar o bloqueio e a quebra de informações de seus usuários, uma vez que há criptografia nas mensagens, sendo impossível interceptá-las entre transmissor e receptor (MOTTA, 2019).

Diante desta dificuldade, temendo a impossibilidade posterior das mensagens do *smartphone*, as autoridades policiais buscam acessar os diálogos privados dos acusados em seus aplicativos de conversa, numa prisão em flagrante, ainda que sem uma ordem judicial. Entretanto, mesmo que se obtenham provas contra o flagranteado, estas serão consideradas ilícitas, por descumprir o ordenamento jurídico e ferir as garantias individuais do acusado.

Neste diapasão, Adriano Romanini de Andrade (2020) defende que não é adequado usar *print's* de conversas travadas via aplicativo *WhatsApp* sem a autorização de um dos interlocutores (detentores do direito) ou de prévia autorização judicial como prova e utilizá-la nas investigações criminais.

Assim, se durante uma abordagem policial, em situação de flagrância, as conversas que forem visualizadas por policiais sem prévia autorização do investigado ou judicial, serão provas ilícitas e devem ser desconsideradas no processo criminal (MOTTA, 2019), para que não comprometam o processo criminal.

As provas obtidas com a investigação em aplicativos de mensagens, sem que haja ordem judicial, ferem o princípio da legalidade, responsável por conformar os atos dos processos criminais às garantias estabelecidas na lei. Portanto, é necessário decretar a ilicitude desta prova e não considerá-la para nenhuma finalidade, inclusive no momento de fundamentar uma sentença judicial.

## 5 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

A discussão sobre a licitude da utilização (ou não) dos dados obtidos com a apreensão de *smartphone* de alguém preso em flagrante é longa. Isto porque, atualmente, há posicionamentos conflitantes sobre o mesmo assunto, principalmente nas instâncias especiais, como o *Habeas Corpus* 91.867/PA, no Supremo Tribunal Federal, e Recurso em *Habeas Corpus* 51.531/RO, no Superior Tribunal de Justiça.

O *Habeas Corpus* 91.867/PA, julgado pelo STF, em abril de 2012, teve a ordem denegada, por não ter sido encontrado vícios na investigação criminal. Este HC analisou a existência de ilicitude de interceptação telefônica nos registros de diálogos entre o réu, impetrante, com seus advogados. O STF, neste HC, decidiu que não se pode confundir comunicação telefônica e registro telefônico, não conferindo a proteção do artigo 5º, XII da CRFB/88, que assegura o direito à privacidade e princípio ao sigilo (BRASIL, 1988).

Lado outro, como explanado no tópico anterior, o STJ também tratou do tema, no Recurso em *Habeas Corpus* 51.531/RO, julgado em maio de 2016. A decisão dos Ilustres Ministros, neste RHC, determinou que as comunicações feitas em aplicativos de conversas sejam consideradas comunicações telegráficas e de dados.

Além disso, o referido RHC analisou a licitude da prova obtida por meio dos aplicativos de diálogos, como *WhatsApp* e *Telegram*, instalados nos telefones celulares dos investigados ou indiciados por condutas criminosas. Diante da importância destes julgados, é preciso avaliá-los, bem como as decisões dos Tribunais Estaduais.

### 5.1 Habeas Corpus 91.867/PA

Em abril de 2012, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o HC 91.867/PA, que questionava a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, do qual decorreu a ementa exposta a seguir:

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. (...) 2.2 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. Ilicitude 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 correu 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 91.867/PA, da Segunda Turma, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 24 de abril de 2012).

Ao impetrar o HC 91.867/PA, o requerente sustentou em seus argumentos: a inépcia da denúncia, ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial, dado que teria sido quebrado o sigilo telefônico de correu sem a pertinente autorização judicial, e ilicitude 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 (STF, 2012).

No caso concreto, observa-se que, após a prisão em flagrante do réu, realizou-se a análise dos últimos registros telefônicos dos aparelhos celulares apreendidos, com a pesquisa na agenda telefônica, a qual forneceu informações relevantes para a investigação (STF, 2012).

Destes argumentos, o que importa para análise do presente trabalho é o entendimento do d. Relator, o Ministro Gilmar Mendes, quanto à ilicitude da prova produzida com a violação dos registros telefônicos do réu, sem autorização judicial. Ressalta-se que a ordem do HC 91.867/PA foi denegada.

Em seu voto, o Relator aludiu que, quando a defesa sustentou que a ilicitude de provas obtidas, devido ao que considerava “quebra de sigilo telefônico”, equivocou-se, uma vez que confundiu comunicação telefônica com registros telefônicos, que têm proteção jurídica distinta. Dessa forma, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que não se pode interpretar a norma do artigo 5º, XII, da CRFB/88 para proteger dados de registro, depósito registro, pois a Constituição fala sobre comunicação *de dados* e não os *dados*, por si só (STF, 2012).

Não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas para disponibilizar dados ou realizar uma interceptação telefônica, não há que se falar em ato ilegal da autoridade policial.

Ora, se a ilegalidade da prova decorreu da análise dos últimos registros telefônicos do réu, após a prisão em flagrante, conforme alude o Relator, de fato não há óbice em utilizar a prova coletada, pois foi analisada na fase de inquérito policial, um procedimento que busca a colheita de informações quanto à autoria e à materialidade do delito, a fim de subsidiar a propositura de eventual ação penal (STF, 2012).

No acórdão (STF, 2012), o Relator ainda reforça que mesmo que pudesse reputar a referida prova produzida como ilícita, e as demais ilícitas por derivação, nos moldes da teoria dos frutos da árvore venenosa, tal argumento não assistiria à defesa, sendo apenas uma mera argumentação.

Por mais que, *in casu*, os dados verificados pelos policiais não foram referentes às conversas desenvolvidas em aplicativos, a decisão do STF deve ser considerada, tendo em vista que

discutiu sobre o fato de os policiais acessarem as informações contidas nos telefones celulares daqueles que sofrerão prisão em flagrante.

Desta forma, as provas colhidas com a quebra do sigilo telefônico, que permitiu acesso aos últimos registros telefônicos e pesquisa na agenda do celular, não podem ser consideradas ilícitas, visto que, ao não acessar as comunicações feitas nos aplicativos, não feriu o direito à privacidade e o princípio da legalidade, pois somente a agenda foi analisada, que não goza de proteção legal.

## **5.2 Recurso em Habeas Corpus 51.531/RO**

Analisado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o RHC 51.531/RO foi interposto em face de um acórdão que denegou ordem a um HC impetrado no Tribunal de Justiça de Rondônia, resultando na seguinte decisão:

Ementa: 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 51.531/RO, da 6ª Turma, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 19 de abril de 2016).

Em sede de decisão, o Egrégio Tribunal de Justiça de Rondônia afirmou que não haveria ilicitude da prova em comento, entendendo que os dados constantes do aparelho não têm proteção semelhante à interceptação telefônica, não sendo imprescindível a autorização judicial. (STJ, 2016).

Perante a fundamentação do acórdão do TJRO, o Ministro Nei Cordeiro, relator deste RHC, em sua interpretação legislativa, asseverou que a violação da intimidade do agente é vedada pela CRFB/88, no artigo 5º, incisos X e XII (BRASIL, 1988), salvo quando houver ordem judicial. Todavia, garante que o acesso aos dados particulares do indiciado é possível com prévia autorização judicial devidamente motivada (STJ, 2016).

O *Habeas Corpus* tratava da apreensão de um telefone celular para acesso ao seu conteúdo. Contudo, tal ato foi realizado pela Polícia sem autorização judicial tampouco conhecimento do Ministério Público – MP. Assim, a perícia de aparelho celular não foi acompanhada pela defesa, o que, por si só, já gera o risco do desvirtuamento das mensagens ali contidas (STJ, 2016).

Deveras, os diálogos ocorridos nos aplicativos de conversas são escritos e imediatos, entre dois ou mais interlocutores, como qualquer telefone convencional. Contudo, assemelham-se as comunicações via e-mail, as quais exigem autorização judicial para serem acessadas. Como o *WhatsApp*, e outros aplicativos de conversas, tornou-se um instrumento rápido para facilitar a comunicação a longa distância.

O Relator considerou ilícita a devassa de dados, devido ao claro desrespeito do artigo 5º, X, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), que garante a privacidade e intimidade. Argumentou que a Lei de Interceptação Telefônica deve ser aplicada às comunicações feitas por aplicativos e deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, reconhecendo a ilicitude das provas extraídas do aparelho celular (STJ, 2016). Assim, o acesso às informações privadas dos investigados deve obedecer ao artigo 2º desta lei.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:  
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;  
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;  
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.  
Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (BRASIL, 1996).

Desta forma, o uso das provas obtidas por meio de aplicativos de conversa na investigação criminal foi considerado ilícito e as provas são tidas como nulas. Ainda que o celular tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante do suspeito vai ser necessária prévia ordem judicial.

Apesar do acórdão do RHC 51.531/RO não falar sobre a impossibilidade da aplicação da teoria da descoberta inevitável, *in casu*, fica subentendido que não seria possível obter a prova por outro meio lícito, o que reforça a ilicitude do uso da prova proveniente de perícia sem

autorização judicial. O presente recurso tornou-se jurisprudência do STJ, consolidada, não sendo questionada no Supremo Tribunal Federal.

### 5.3 Tribunais estaduais

Após as decisões das instâncias superiores sobre a licitude (ou ilicitude) do acesso aos dados obtidos com a apreensão de *smartphone*, é preciso conhecer os entendimentos dos tribunais estaduais quanto à questão. Para tanto, analisar-se-á uma decisão monocrática e um acórdão proferido pela Segunda Instância dos tribunais.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na 13ª Vara Criminal na Comarca de Curitiba, ao examinar os Autos nº 0004679-27.2016.8.16.0013, o MM. Juiz trata o tema de perícia de dados telefônicos no celular de um investigado, pela polícia, sem prévia autorização judicial, como incontroverso, devido à decisão do STF, no HC 91.867/PA, afirmando que o acesso às informações constantes no aparelho telefônico não configura afronta ao artigo 5º, X e XII da CFRB/88, que protegem o direito à intimidade.

Analisando o processo, observa-se um caso de tráfico de drogas, com abordagem do réu e um informante por policiais militares, durante patrulhamento. Em audiência de instrução, todos os envolvidos relatam o acesso dos policiais ao teor das conversas armazenadas nos registros do *WhatsApp* (TJPR, 2016).

Contudo, um dos policiais alegou que não foi solicitado ao réu permissão para acesso ao celular, tendo em vista que o aparelho não esteja bloqueado e que a prisão em flagrante não se baseou nas informações contidas nele. Outro policial, em seu depoimento, confirmou que leram as mensagens do *WhatsApp* do suspeito, entretanto com sua autorização expressa, e que entre as conversas no aplicativo encontraram uma combinação entre réu e informante que fez a equipe concluir que o diálogo referia-se a compra de drogas (TJPR, 2016).

Diante da oitiva dos policiais, a defesa requereu o reconhecimento da ilicitude das provas que instruíram o processo, vez que foram coletadas sem autorização judicial e, por consequência, pediu a absolvição do acusado em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, pela insuficiência de provas (TJPR, 2016).

Em sua decisão, o juiz absteve-se da análise da validade das provas, por entender que esta não teria importância no caso concreto. Ora, o d. magistrado considerou as palavras dos policiais e decidiu pautando-se no depoimento de que a prisão não se sustentou nas mensagens visualizadas no celular do suspeito. Todavia, apesar do juiz não se manifestar quanto à nulidade das provas obtidas, este salientou que mesmo que as referidas provas fossem ilícitas, não se pode aplicar o conceito das provas ilícitas por derivação, haja vista a ausência de nexo causal entre ela e as demais provas (TJPR, 2016).

Deveras, não é porque neste caso concreto os diálogos encontrados no celular do acusado não foram determinantes para sua prisão em flagrante, há que se observar a insegurança jurídica que o assunto gera, pois a situação de flagrância poderia facilmente ser criada ou determinada por acesso de conversas privadas dos suspeitos, descobrindo outras provas e fazendo com que não haja aparente ligação entre elas.

É evidente o quão prejudicial o uso de dados e informações conseguidos por meio de aplicativos de conversas pode ser para o investigado, podendo até infringi-lo a uma sentença penal condenatória e cerceamento da sua liberdade, pois qualquer autoridade policial poderia incriminá-lo, se assim quiser.

Esta decisão do juízo de Primeiro Grau, referente ao uso das mensagens obtidas no celular do réu sem autorização judicial ou do proprietário, não se sustentou por muito tempo, pois a defesa recorreu, o que resultou no acórdão da Apelação 0004679-27.2016.8.16.0013, proferido pelo TJPR, que determinou a nulidade da prova decorrente do acesso ao aparelho celular do réu, tendo a seguinte ementa:

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – TRAFICO ILÍCITO DE DROGA – DADOS DO TELEFONE CELULAR DO RÉU – ACESSO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – PROVA ILÍCITA – DOSIMETRIA – PENA-BASE – CULPABILIDADE – PONDERAÇÃO ACERTADA – ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06 – FRAÇÃO REDUTORA – ESCOLHA MOTIVADA – DETRAÇÃO – LIBERDADE PROVISÓRIA CONDICIONADA AO USO DE TORNOZELEIRA ELETRÔNICA – MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO – PERÍODO INCOMPATÍVEL COM O DESCONTO DO ART. 387, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE – MEDIDA ADEQUADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. É ilícito o acesso aos dados armazenados no aparelho celular do indiciado quando realizado diretamente pela polícia, sem autorização judicial ou do seu proprietário. Revela-se acertada a reprovação pelo tráfico ilícito de drogas se o conjunto probatório carregado aos autos



evidencia a prática, pelo agente, de uma das ações elencadas no art. 33, Lei 11.343/06, não havendo se falar em absolvição. O depoimento prestado por policial pode configurar prova contra o acusado, sendo plenamente cabível sua utilização na formação do convencimento do julgador, sobretudo quando em consonância com outras evidências colhidas na persecução criminal. Precedentes. A culpabilidade, enquanto elemento de individualização sancionatória, deve ser sopesada em desfavor do apenado se a sua conduta demonstrar grau de censura acima do normal. Não utilizadas em momento dosimétrico anterior, a quantidade e/ou a natureza da droga apreendida, bem como as peculiaridades do caso, são critérios válidos de escolha da fração de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06. À exceção da internação provisória, as medidas cautelares impostas como condição de soltura não se confundem com a prisão cautelar, hipótese de restrição total à liberdade do réu. Logo, o tempo durante o qual o sentenciado cumpriu aquelas não deve ser detraído de sua regime de implemento sancionatório. Apelação conhecida e parcialmente provida, com reconhecimento de nulidade da prova considerada ilícita. (TJPR, APL 0004679-27.2016.8.16.0013, da 5ª Câmara Criminal, Relator: Desembargador Jorge Wagih, julgado 18/10/2018).

Não obstante, apresenta-se decisão do o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG proferiu acórdão, na Apelação Criminal 1.0166.17.001795-7/001, que citou o entendimento do STJ, no RHC 51.531/RO, que diz ser ilícita prova colhida de diálogos provenientes de aplicativos de conversa. Veja!

TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR: DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DENEGAÇÃO. CELULAR APREENDIDO. PERÍCIA REALIZADA NO APLICATIVO WHATSAPP SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE RECONHECIDA. PRELIMINAR ACOLHIDA. PALAVRA DOS POLICIAIS. VALOR PROBANTE. DEDICAÇÃO DOS RÉUS A ATIVIDADES CRIMINOSAS. COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. TRANSPOSIÇÃO DAS DIVISAS DOS ESTADOS MEMBROS PELO AGENTE. DESNECESSIDADE.

1. Não se concede o direito de recorrer em liberdade quando demonstrado que a prisão provisória se mostra necessária à garantia da ordem pública. 2. Segundo a jurisprudência do STJ é "ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (WhatsApp), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial". 3. Comprovada, através da grande quantidade de drogas apreendidas, a dedicação do agente a atividades criminosas, não há como ser reconhecida em seu favor a causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. 4. O instituto da delação premiada somente resta caracterizado quando há a indicação precisa dos demais autores do crime, aliada à efetiva facilitação do desmantelamento da estrutura criminosa, o que não ocorreu no caso concreto. 5. Para a incidência da majorante prevista no artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/06, não é necessária a efetiva transposição dos estados, bastando que fique evidenciado que a droga transportada teria como destino outro estado da Federação. 6. A detração prevista no art. 387, §2º, do CPP, somente pode ser realizada pelo juiz do processo de conhecimento se importar em alteração do regime inicial do cumprimento da pena. (TJMG, APL 1.0166.17.001795-7/001, da 4ª Câmara Criminal, Relator: Desembargador Fernando Caldeira Brant, julgado: 06/11/2018).

Esta ementa decorre do recurso apelação, interposto por réu condenado pela prática dos crimes elencados nos artigos 33, caput, e artigo 40, V e VI, da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006), requerendo o desentranhamento das provas, por considerá-las ilícitas, já que foram colhidas por meio do seu *WhatsApp*, e as demais que delas derivaram.

Assim, como o juiz da 13ª Vara Criminal na Comarca de Curitiba/PR, o Relator, Desembargador Fernando Caldeira Brant, do TJMG, apresentou seu entendimento pessoal sobre o tema, que não concorda com a tese de ilicitude das provas decorrentes da perícia no celular do réu, sem autorização judicial, porque hoje o telefone é o modo mais popular para interação das pessoas e o conteúdo armazenado nos *smartphones* dos acusados podem oferecer dados úteis à apuração dos fatos. Assim, agindo a autoridade policial, acessando as conversas dos investigados, feitas em aplicativos, cumpriu o seu dever, o que não é incompatível com a garantia do artigo 5º, XII, da CRFB/88, que resguarda a privacidade do cidadão (TJMG, 2018).

É interessante observar que o Desembargador Relator (TJMG, 2018) aduz que as últimas mensagens trocadas pelo réu, armazenadas na memória de seu celular, se não apagadas, deixam de ser sigilosas, sendo passíveis de perícia técnica. Ainda, asseverou os dizeres do HC 91.867/PA, que ressalta a diferença entre comunicação telefônica com registros telefônicos, sendo que só a primeira possui proteção constitucional.

No entanto, por mais que a convicção pessoal do Relator do caso tenda à decisão do STF, foi aplicado o entendimento do STJ, que firmou tese jurisprudencial no RHC 51.531/RO, o qual preceitua ser ilícita a prova proveniente da devassa das informações guardadas no aparelho celular, inclusive aquelas constantes nos aplicativos de conversas, como *WhatsApp* ou *Telegram*.

Portanto, o posicionamento dos tribunais sobre a perícia no celular de investigados ainda é controverso, vez que há juízes defendendo o entendimento de que as provas obtidas de dados telefônicos são lícitas, em consonância HC 91.867/PA, inclusive diálogos de aplicativos. O réu está à mercê das decisões da Segunda Instância dos Tribunais, que têm decretado a nulidade das provas colhidas da forma supramencionada, permitindo que haja um julgamento com todas as garantias processuais asseguradas, sem contaminações de provas, obedecendo ao RHC 51.531/RO.

## 6 CONCLUSÃO

O processo penal no Brasil não é algo muito simples, já que há uma série de normas e regras a serem seguidas, para que se chegue a um veredito justo. Todas as fases do processo é de suma importancia, pois são nelas que as partes irão demonstrar a sua versão do fato, através da apresentação das provas ao juiz ou ao tribunal do juri, quando for o caso, para que esses formem o seu convencimento.

O desentranhamento das provas ilícitas do processo é norma cogente, e por isso, é preciso muito cuidado quando da obtenção de cada uma delas, para que não seja necessário e cause prejuízo à administração da justiça. Todo e qualquer direito deve ser respeitado dentro e fora do processo, pois não se combate crime, cometendo outros crimes, como bem dito pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes.

Cada prova tem um pale primordial, seja ela testemunhal, documental ou pericial, uma vez que é com a junção de todas elas que se chegará à verdade processual. Dentro desse cenário, foram expostos ao longo do presente trabalho a possibilidade ou não do uso das conversas de WhatsApp, já que os dialogos ali obtidos são esquiparados às de comunicações telefônicas que possuem proteção Constiucional.

No entanto, frisa-se que, a partir do momento em que há autorização judicial para obtenção e escuta dessas conversas, essas são consideradas como provas lícitas, que, inclusive, podem dar ensejo a novos processos e investigações diversas da investigada, como já decidiu a Supema Corte. Assim, desde que devidamente requerida e autorizada pela autoridade Judiciária, a utilização dessas conversas são possível e legais, e devem servir como prova, a fim de que seja apurada a verdade e que seja possível fazer justiça.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano Romanini de. **A problemática no uso de print's de conversas travadas via aplicativo WhatsApp sem a autorização de um dos interlocutores ou de prévia autorização judicial em investigação criminal.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/87130/a-problematica-no-uso-de-print-s-de-conversas-travadas-via-aplicativo-whatsapp-sem-a-autorizacao-de-um-dos-interlocutores-ou-de-previa-autorizacao-judicial-em-investigacao-criminal>>. Acesso em: 09 mai 2021.

BORGES, Fábio Ruz; MACHADO, Bruna Nascimento. **Implicações jurídicas acerca da interceptação telefônica e comentários à Lei 9296/96.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/implicacoes-juridicas-acerca-da-interceptacao-telefonica-e-comentarios-a-lei-9296-96/>>. Acesso em: 19 fev 2021

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 20 abr 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 20 fev 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 fev 2021.

BRASIL. **Lei nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm)>. Acesso em: 20 fev 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 31 mai 2021.

BRASIL. **Lei nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 20 mar 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm)>. Acesso em: 18 mar 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus 17.1300/DF.** Paciente: Lytha Battiston Spindola. Coator: Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados –

CPI do BNDES. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC171.300MCDFDecisa77101.pdf>>. Acesso em 15 mar 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 51.531/RO**. Recorrente: Leri Souza e Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rondônia. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 19 de abril de 2016. Disponível: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-51531-ro-2014-0232367-7/inteiro-teor-340165652>>. Acesso em: 22 mar 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.867/PA**. Pacientes: Davi Resende Soares e Lindomar Resende Soares. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=98970411&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 abr 2021.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel (Colab). **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/108/151>>. Acesso em: 20 mar 2021.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito à Inviolabilidade e ao Sigilo das Comunicações Privadas Armazenadas**: um grande salto rumo à proteção judicial da privacidade na rede. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coordenadores). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

HENDLER, Éverton Pereira. **O aplicativo whatsapp como meio de prova para configuração do crime de tráfico de drogas**: uma análise quanto aos posicionamentos do TJPR, TJSC, TJRS E STJ. 2018. 108f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Bacharelado em Direito. Universidade do Sul de Santa Catarina. Turabão. 2018.

HERZBERG, Frederick. **“A verdadeira motivação vem de realização, desenvolvimento pessoal, satisfação no trabalho e reconhecimento”**. Disponível em: <<http://www.oexplorador.com.br/152613-2/>>. Acesso em 25 mai 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Pacote anticrime**: cadeia de custódia da prova penal. Consultor Jurídico. 24 de dezembro de 2019. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/academia-policial-pacote-anticrime-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 15 mar 2021.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet**: Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Edição do autor, 2016.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à intimidade e Privacidade**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 09 mai 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 1.0166.17.001795-7/001**. Apelante: Percílio José Dutra Quirino. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Fernando Caldeira Brant. Belo Horizonte, 17 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0166.17.001795-7/001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 15 abr 2021.

MORO, Sérgio Fernando; MOSER, Manoela Pereira. Provas ilícitas no Processo Penal e a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB. v. 10, n. 1, p. 286-306, 1º Trimestre de 2019.

MOTTA, Débora. Admissibilidade da quebra do sigilo do *WhatsApp* na investigação criminal: à luz do princípio da privacidade. **Revista da ESMESC**. Santa Catarina, Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. v. 26, n. 32, p. 113-136, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Rogério Donizetti Campos de. **Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-a-intimidade-e-sua-protecao-baseada-nos-direitos-humanos-no-mundo/>>. Acesso em: 09 mai 2021

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: Atlas, 2017.

PARANÁ. 13ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba do Estado do Paraná. **Processo nº 0004679-27.2016.8.16.0013**. Autor: Ministério Público. Réu: Magdiel dos Santos Lejambre Siqueira. Juiz: (\_\_\_). Curitiba, 15 de abril de 2016. Disponível em: <[https://projudi.tjpr.jus.br/projudi\\_consulta/arquivo.do?\\_tj=8a6c53f8698c7ff7e57a8effb7e2521981ea85825231aeabbd0a04c00b4ef1ade9dd0b0b975d50f7](https://projudi.tjpr.jus.br/projudi_consulta/arquivo.do?_tj=8a6c53f8698c7ff7e57a8effb7e2521981ea85825231aeabbd0a04c00b4ef1ade9dd0b0b975d50f7)>. Acesso em: 15 abr 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0004679-27.2016.8.16.0013**. Apelante: Magdiel dos Santos Lejambre Siqueira. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Jorge Wagih Massad. Curitiba, 19 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/835806797/processo-criminal-recursos-apelacao-apl-46792720168160013-pr-0004679-2720168160013-acordao>>. Acesso em: 15 abr 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed., rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REIS, Caroline Renault dos. **As repercussões da efetivação da ordem judicial de interceptação da comunicação pelo WhatsApp para fins de produção de provas em investigações e processos criminais**. 2017. 31f. Artigo científico para obtenção do grau (Graduação) – Curso de Bacharelado em Direito. Universidade Federal de Juiz de Fora – Faculdade de Direito. Juiz de Fora. 2017.

SALMEIRÃO, Cristiano. **Do procedimento probatório e do momento da sua produção com participação ativa do magistrado em busca da decisão justa no direito processual penal**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-98/do-procedimento-probatorio-e-do-momento-da-sua-producao-com-participacao-ativa-do-magistrado-em-busca-da-decisao-justa-no-direito-processual-penal/>>. Acesso em: 22 fev 2021.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Os momentos probatórios no Direito Processual Penal. **Revista Faculdade de Direito Universidade São Paulo**. São Paulo, USP. v. 106/107, p. 779-807, jan/dez 2011/2012.