



## NOTA TÉCNICA 06/2018

**Ementa:** Análise do conteúdo de telefones celulares e outros aparelhos eletrônicos sem prévia autorização judicial. Constitucionalidade da análise de registro de dados, sem prévia autorização judicial, de telefones e aparelhos eletrônicos lícitamente apreendidos. Divergência entre STF e STJ. Adotado entendimento do STF. Sugestão de atuação.

O **CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CRIMINAL CAOP-CRIM**, aliado nos artigos 33, inciso V, da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)<sup>1</sup> e art. 38, inciso III, da Lei Complementar nº. 13/1991 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Maranhão)<sup>2</sup>, expede a presente **Nota Técnica 06/2018**, sem caráter vinculativo, aos órgãos de execução do Ministério Público do Estado do Maranhão com atuação na área criminal, fundamentando-se nas razões que passam a apresentar.

A Constituição da República, em seu art. 5º, X e XII, estabelece que:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>1</sup> Art. 33. Os Centros de Apoio Operacional são órgãos auxiliares da atividade funcional do Ministério Público, competindo-lhes, na forma da Lei Orgânica: (...) V - exercer outras funções compatíveis com suas finalidades, vedado o exercício de qualquer atividade de órgão de execução, bem como a expedição de atos normativos a estes dirigidos.

<sup>2</sup> Art. 38 – Os Centros de Apoio Operacional são órgãos auxiliares da atividade funcional do Ministério Público, competindo-lhes: (...) III – reter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos órgãos ligados a sua atividade;



MINISTÉRIO PÚBLICO  
ESTADO DO MARANHÃO  
Procuradoria Geral de Justiça



(...)

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

(...)

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

Na época em que os dispositivos constitucionais acima foram redigidos, a telefonia celular era uma tecnologia incipiente, e o surgimento de *smartphones* uma realidade distante.

Contudo, atualmente os telefones celulares se popularizaram plenamente, a ponto de, no Brasil, o número de linhas móveis ativas superar o de habitantes<sup>3</sup>. Além disso, a capacidade dos aparelhos cresceu exponencialmente, permitindo o acesso a redes sociais de toda espécie, com fácil comunicação de voz e dados entre múltiplas pessoas.

É fato notório que tal facilidade de comunicação também tem sido utilizada para a prática de delitos. Isso tem levado a uma grande quantidade de apreensões de telefones celulares pelas instituições do sistema de justiça, muitos dos quais contendo dados relevantes para a elucidação de crimes.

Atualmente, existe divergência entre o STF e o STJ quanto à necessidade de prévia autorização judicial para análise do conteúdo de telefones celulares ou outros aparelhos eletrônicos licitamente apreendidos, mesmo em caso de prisão em flagrante.

**O Supremo Tribunal Federal entende que não há necessidade de autorização judicial**, valendo destacar o seguinte precedente:

**“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**

<sup>3</sup> <http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/283-brasil-tem-236-2-milhoes-de-linhas-moveis-em-janeiro-de-2018>.



### CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA.

1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa.

2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial – violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. **2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação.**

2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. **Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado.**

Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.

3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da



MINISTÉRIO PÚBLICO  
ESTADO DO MARANHÃO  
Procuradoria Geral de Justiça



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

4. Ordem denegada. (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)".

**Contudo, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido em sentido diverso, pela imprescindibilidade de prévia autorização judicial. Confira-se:**

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR (MENSAGENS DO APLICATIVO WHATSAPP) DURANTE A PRISÃO EM FLAGRANTE. **AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.** NULIDADE DAS PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. RECURSO PROVIDO.

**I – A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser 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.**

II – *In casu*, os policiais civis obtiveram acesso aos dados (mensagens do aplicativo WhatsApp) armazenados no aparelho celular do corrêu, no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial, o que torna a prova obtida ilícita, e impõe o seu desentranhamento dos autos, bem como dos demais elementos probatórios dela diretamente derivados.

III – As instâncias ordinárias fundamentaram a prisão preventiva do recorrente nos indícios de materialidade e autoria extraídos a partir das conversas encontradas no referido celular, indevidamente acessadas pelos policiais, prova evidentemente ilícita, o que impõe a concessão da liberdade provisória.

Recurso ordinário provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas obtidas por meio de acesso indevido aos dados armazenados no aparelho celular, sem autorização judicial, bem como as delas diretamente derivadas, e para conceder a liberdade provisória ao recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão preventiva, desde que fundamentada em indícios de autoria válidos.

(RHC 92.009/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 16/04/2018)".



Registre-se que o STJ considera, pelo menos, não haver necessidade de perícia quando o telefone celular era da vítima de homicídio:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41, DO CPP. INOBSERVÂNCIA. DADOS E DE CONVERSAS REGISTRADAS NO WHATSAPP. EXTRAÇÃO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A denúncia não descreve a conduta do recorrente quanto à imputação de porte ilegal de arma de fogo, não sendo possível identificar como teria ele contribuído para a consecução desse delito.

2. Não há ilegalidade na perícia de aparelho de telefonia celular pela polícia na hipótese em que seu proprietário – a vítima – foi morto, tendo o referido telefone sido entregue à autoridade policial por sua esposa, interessada no esclarecimento dos fatos que o detinha, **pois não havia mais sigilo algum a proteger do titular daquele direito.**

3. Recurso parcialmente provido, apenas para trancar a ação penal em relação ao recorrente, quanto à imputação concernente ao crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, por inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja oferecida.

(RHC 86.076/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 12/12/2017)”.

A questão deverá ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal, quando julgar o ARE 1042075 RG/RJ, cuja repercussão geral já foi reconhecida, em decisão assim ementada:

“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.**

(ARE 1042075 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 23/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 11-12-2017 PUBLIC 12-12-2017)”.

Não há previsão de quando tal caso deva ser julgado. Em parecer lançado antes do reconhecimento da repercussão geral, a Procuradoria-Geral da República sustentou que:

“De fato, o entendimento de que a proteção constitucional e a exigência de autorização judicial voltam-se para a comunicação de dados, ou



seja, para o processo que envolve a transmissão e recepção de mensagens entre um emissor e um destinatário, e não aos dados propriamente ditos (no caso, armazenados em dispositivo de telefonia móvel – celular), mostra-se compatível com as disposições do art. 5º, XII, da CF.

(...)

Nesse contexto, portanto, evidenciado que **a análise de dados no aparelho de celular do agente não caracteriza interceptação de comunicação de dados (o que torna despicienda a prévia autorização judicial)**, faz-se necessária a reforma do acórdão proferido pelo TJ/RJ para que, afastada a afirmativa sobre a ilicitude da prova (que resultou na absolvição do agravado), dê-se prosseguimento do julgamento do recurso de apelação defensivo”.

Em parecer posterior, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, ratificou o posicionamento supra, propondo a fixação da seguinte tese:

“É lícita a prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros, fotos, vídeos e demais informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva”.

É o que importa relatar.

A Lei Complementar nº 13/1991 do Estado do Maranhão, confere competência a este Centro de Apoio Operacional para fornecer informações técnicas aos órgãos de execução, como forma de melhor subsidiar sua atuação funcional. Especificamente, têm-se à questão sob análise, alvo de divergência jurisprudencial entre STF e STJ.

Verifica-se que o cerne da divergência diz respeito à necessidade de prévia autorização judicial para acesso ao conteúdo de telefone celular apreendido. O STJ entende que há necessidade, sob pena de nulidade – exceto quando o celular for de vítima assassinada –, enquanto o STF é bem menos restritivo.

Percebe-se que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é, por si, bastante questionável, já que adota entendimento sobre matéria constitucional em sentido contrário ao do Supremo Tribunal Federal, a quem compete “precipuamente, a guarda da Constituição” (art. 102, *caput*, CF).

Além disso, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça não se mostra razoável, já que considera haver necessidade de autorização judicial



para análise do conteúdo de telefones celulares, mesmo no caso de pessoa presa em flagrante.

Tal entendimento confere tratamento desproporcional ao direito de intimidade, valorizando-o em excesso frente ao direito fundamental à segurança e à proteção efetiva que o Direito Penal deve conferir aos bens jurídicos mais valiosos de uma sociedade.

Ora, se a lei processual permite a apreensão de determinado objeto, ela implicitamente reconhece que o Estado tem o direito-dever de conhecer o conteúdo de tal objeto. Do contrário, como saber se tal objeto interessa à persecução penal? Como aferir a licitude da posse ou propriedade do objeto sem lhe conhecer o conteúdo?

Assim, sendo lícita a apreensão de um telefone celular ou outro aparelho eletrônico, o Estado tem o dever de analisar o conteúdo tal objeto, independente de ordem judicial.

O equívoco do entendimento atual do STJ é ainda mais gritante no caso de prisão em flagrante.

Ora, a intimidade da pessoa presa em flagrante é bastante mitigada pelo ordenamento jurídico. Ela se encontra sob custódia do Estado, sua liberdade de locomoção se encontra limitada, assim como sua liberdade de comunicação com o ambiente externo e, até mesmo, o conteúdo de suas correspondências pode ser conhecido pelo Estado enquanto durar sua detenção.

Registre-se que, ao julgar o *habeas corpus* nº 70.814/SP, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello, decidiu que:

“A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.  
(HC 70814, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-00176-01 PP-01136)”.



Contudo, o STJ entende que, mesmo com severas restrições à liberdade de locomoção e de comunicação, o direito à intimidade do preso em flagrante exige prévia autorização judicial para que se possa conhecer os registros de dados e comunicações mantidas anteriormente pelo preso.

É importante registrar que o acesso a dados registrados no aparelho licitamente apreendido permite a identificação de possíveis comparsas no delito, por vezes permitindo até mesmo a prisão em flagrante dos mesmos. Também permite a pronta coleta de elementos importantes para o trabalho policial, como a localização do produto do crime, de armas de fogo ou, no caso de crime com restrição de liberdade, até mesmo da própria vítima.

Trata-se, pois, de entendimento não razoável, que busca proteger de maneira exagerada e distorcida a intimidade de pessoa que já se encontra sob custódia do Estado, por prisão em flagrante ou cautelar.

Além disso, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça se utiliza de hermenêutica, no mínimo, bastante questionável. Isso porque se ampara em dispositivo genérico, conferindo-lhe maior peso que um dispositivo específico que consta no mesmo artigo da Constituição.

Com efeito, a Constituição da República, em seu art. 5º, possui um inciso específico para o acesso ao registro de dados para fins de investigação criminal. Trata-se do inciso XII, assim redigido:

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

O precedente já citado do Supremo Tribunal Federal (HC nº 91867) faz distinção entre a captação do fluxo imediato de dados e comunicações telefônicas, e o registro de dados e comunicações mantidas anteriormente:

**“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”.**





MINISTÉRIO PÚBLICO  
ESTADO DO MARANHÃO  
Procuradoria Geral de Justiça



(HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012”.

Importa destacar os seguintes trechos do voto do relator, aprovado pela unanimidade da 2ª Turma do STF:

“As regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal.

No presente caso, a defesa sustenta a ilicitude de provas obtidas, ao argumento de indevida “quebra de sigilo telefônico”, porquanto os policiais responsáveis pelo flagrante (segundo inicial, juntamente com um terceiro denominado Sr. Silvander Polese Zavarise) teriam verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas dos dois celulares apreendidos com o corréu, executor do crime, responsável pelos disparos de arma de fogo. Ao analisar os dados contidos no celular, ter-se-ia chegado a números de telefones pertencentes aos pacientes.

Primeiramente, sobreleva destacar que não se confundem comunicação telefônica e os registros telefônicos, recebendo, inclusive, proteção jurídica distinta.

E, como já enfatizei em outras oportunidades, entendo que 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 os ‘dados’.

(...)

Nessa linha argumentativa, destaco excerto no **voto do ministro Sepúlveda Pertence no RE 418.416**:

‘29. Nesse sentido o voto que proferi no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira, quando asseverei que a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse (RTJ 179/225,270). E, em aparte, já me adiantara a propósito, para aduzir – RTJ 179/225, 259:

Seja qual for o conteúdo da referência a dados no inciso XII, este é absolutamente inviolável. O que, a meu ver, mostra, para não se chegar a uma desabrida absurdidade da Constituição, a ter que concluir que se refere à comunicação de dados. Só, afinal, a telefônica é relativa, porque pode ser quebrada por ordem judicial, o que é fácil de entender, pois **a comunicação telefônica é instantânea, ou se colhe enquanto ela se desenvolve, ou se perdeu a prova; já a comunicação de dados, a correspondência, a comunicação busca e apreensão. O que se proíbe é a intervenção de um terceiro num ato de comunicação, em todo o dispositivo, por isso só com relação à comunicação telefônica se teve de**



**estabelecer excepcionalmente a possibilidade da intervenção de terceiros para se obter esta prova, que de outro modo perder-se-ia.**

E há mais uma circunstância, ao contrário das outras comunicações, que deixam dados muitas vezes difíceis de apagar – no notório caso Collor isso veio à baila quando, decodificado um computador, foi possível reavivar os seus dados –, o telefone tem dois elementos, de um lado é instantâneo, ninguém pode avisar a quem vai ter a sua conversa telefônica violada de que ela vai ser violada.

30. Ponderou, logo em seguida, o em. **Ministro Moreira Alves** – RTJ 179/255,259:

(...) com relação àquelas outras comunicações, não se fala em ordem judicial, porque é ordem judicial para efeito de interceptação, mas ninguém nega que pode haver ordem judicial para busca e apreensão. (...) levando-se em conta o conceito de privacidade, com um certo elastério, mesmo assim esse conceito não seria absoluto, seria relativo, e sendo assim aplicar-se-ia o mesmo princípio daqueles outros que também são relativos e que estão no inciso XII, que são a autorização judicial para comunicação realmente, enquanto que nos outros casos é a busca e apreensão, porque nunca ninguém sustentará que busca e apreensão ficaria barrada por inviolabilidade constitucional, senão seria o paraíso do crime.

No presente *writ*, a ilegalidade verificada, segundo a defesa, decorre do fato de que, após a prisão em flagrante do réu, os policiais, ao apreenderem dois aparelhos de celular, procederam à análise dos últimos registros telefônicos.

Pois bem. Não se pode olvidar que o inquérito policial é procedimento administrativo, inquisitório e preparatório, cuja finalidade precípua é a colheita de informações quanto à autoria e à materialidade do delito, a fim de subsidiar a propositura de eventual ação penal.

Daí, dispõe o art. 6º do CPP que a autoridade policial tem o dever de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal, impondo-lhe determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito, apreender os objetos que tiverem relação com o fato delituoso, colher as provas que servirem para esclarecimento do fato e suas circunstâncias, ouvir o ofendido, ouvir o indiciado, dentre outras diligências.

Em princípio, foi como agiu a autoridade policial que, ao prender em flagrante delito o réu, tomou a cautela de colher todo material com potencial interesse para investigação.

**E 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.

**Consigno que os números – registros de ligação no aparelho – estavam acessíveis à autoridade policial, mediante simples exame do objeto apreendido, circunstância que, de fato, diferencia do acesso a informações registradas na empresa de telefonia.**

(...)

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

**Ademais, impende lembrar que a Constituição Federal excepcionou a inviolabilidade domiciliar na hipótese de flagrante delito (art. 5º, XI). A própria liberdade sofre restrição no flagrante delito. Um aparelho de celular receberia proteção diversa?**

A obviedade que resulta da resposta a essas indagações, denota que, não raras vezes, na construção argumentativa desvia-se o foco da tutela constitucional. A proteção jurídica à intimidade, à vida privada, não me parece que tenha o alcance pretendido pelo impetrante.

(...)

**Nesse contexto fático, reputo não haver qualquer ilicitude no procedimento da autoridade policial, sobretudo porque essa verificação permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para investigação.** Ou seja, a autoridade policial, ao apossar-se do aparelho, tão somente procurou obter do objeto apreendido, porquanto razoável obtê-los, os elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e da autoria, a teor do disposto no art. 6º do CPP.

(...)

Conforme ressaltado pelo ministro Celso de Mello, quando do julgamento do MS n. 23.452/RJ: ***não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição*** – (MS n. 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJE 12.5.2000).

Na hipótese, a envolver crimes de formação de quadrilha e homicídio qualificado encomendado, **a atitude das autoridades policiais de analisar os últimos registros contidos nos celulares apreendidos é perfeitamente razoável, não havendo que se falar em lesão à**



**intimidade ou à privacidade** do corréu Francisco Leite da Silva, tampouco dos pacientes. **Não há direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto, sendo certo, também, que esses não podem, a qualquer pretexto, servir de manto protetor de práticas escusas”.**

Assim, percebe-se que o Supremo Tribunal realizou, em diversos julgamentos, análise pormenorizada dos limites do poder estatal frente a intimidade do preso em flagrante, concluindo que o Estado pode acessar os dados registrados no telefone celular apreendido – à semelhança do que ocorre com uma agenda ou bilhete encontrado em poder do preso.

O entendimento do STF se mostra correto, já que nesses casos não há intromissão de terceiro no fluxo de comunicações de outrem – como ocorre na interceptação telefônica –, mas apenas acesso ao registro de comunicações que ocorreram no passado e que a pessoa achou por bem mantê-las registradas.

Todavia, o STJ decidiu desconsiderar a força dos precedentes do STF em matéria eminentemente constitucional e, de maneira equivocada, adotou interpretação exagerada e desarrazoada do seguinte dispositivo constitucional:

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

Ora, o inciso X trata da intimidade das pessoas em geral, nas mais diversas situações da vida, não só na peculiar condição de alvo de investigação criminal.

O constituinte originário, logo após destacar que todas as pessoas possuem direito fundamental à intimidade, fez expressa ressalva quanto à peculiar situação de ser alvo de uma investigação criminal.

Na realidade, o inciso XII constitui uma limitação constitucional ao direito fundamental de privacidade, feita pelo constituinte originário, claramente buscando sopesar o direito à privacidade com os direitos à segurança pública e ao devido processo legal.

Assim, a decisão do STJ é tecnicamente equivocada, pois acaba por não acatar a ponderação de direitos fundamentais realizada pelo constituinte



originário no inciso XII, e realizando interpretação a dispositivo genérico que vai além de dispositivo específico, presente no mesmo artigo da Constituição.

Assim, este Centro de Apoio Operacional considera que o Ministério Público do Estado do Maranhão deve se posicionar pela manutenção do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, já exposto ao longo desta manifestação.

Contudo, isso deve ser feito com inteligência, buscando evitar percalços desnecessários às investigações e ações penais em andamento.

De fato, até que o Supremo Tribunal Federal julgue o ARE1042075 – cuja repercussão geral já foi reconhecida –, permanecerá a atual situação de divergência entre tribunais superiores.

Embora se deva dar prevalência à interpretação do Supremo Tribunal Federal – a quem compete a guarda da Constituição –, não se pode descuidar que muitos juízos de 1º e 2º graus têm se filiado ao entendimento do STJ. Em tais situações, o MPMA precisará **recorrer até o Supremo Tribunal Federal** e, embora as chances de êxito sejam altas, o atraso no andamento das investigações criminais e ações penais será inestimável.

Esse problema pode ser mitigado caso o MPMA requeira ao juízo, em todos os casos, **prévia autorização judicial** para análise pericial do conteúdo de qualquer aparelho celular apreendido, na primeira oportunidade que tiver de se manifestar nos autos de inquérito policial ou auto de prisão em flagrante.

Evidentemente, nada impede que a própria autoridade policial formule o pedido de autorização judicial, logo após formalizar a apreensão do aparelho cujo conteúdo se pretende acessar. Registre-se que este Centro de Apoio Operacional já emitiu Recomendação (nº. 02 de 2018) nesse sentido, com o escopo de evitar eventual arguição de nulidades na coleta de prova.

Trata-se de medida de cautela, a fim de evitar demora no andamento de inquéritos policiais, procedimentos de investigação criminal e ações penais, por causa do **entendimento equivocado do STJ.**



Quanto aos casos em que tenha havido acesso pela Polícia sem ordem judicial, o CAOp-CRIM sugere que se **sustente a constitucionalidade de tal procedimento**, com base no entendimento do STF.

Contudo, apenas a fim de evitar demora excessiva aos feitos, que pode levar até a prescrição, sugere-se que se solicite autorização judicial para o acesso ao conteúdo de telefones celulares e aparelhos eletrônicos que, mesmo apreendidos, ainda não foram periciados.

Assim, sugere-se que os órgãos de execução do MPMA requeiram autorização judicial para análise do conteúdo dos telefones celulares que se encontram aguardando análise pericial. A lista de aparelhos pode ser fornecida por cada Secretaria de Vara, sugerindo-se que o órgão de execução formule cota em cada inquérito ou ação penal informada.

Sugere-se ainda que o mesmo procedimento seja utilizado para o acesso ao conteúdo de computadores, tablets ou qualquer outro equipamento eletrônico que contenha registro de comunicações.

Ante o exposto, este Centro de Apoio Operacional sugere que os órgãos de execução do MPMA:

1. Considerem constitucional o acesso, sem prévia autorização judicial, a dados de telefones celulares regularmente apreendidos, incluindo o registro de comunicações mantidas anteriormente, quando a análise já tiver sido concluída e formalizada nos autos de inquérito policial ou ação penal;
2. Por medida de cautela, a fim de evitar atraso à investigação criminal ou ação penal, que pode levar à prescrição, que se requeira autorização judicial para análise pericial do conteúdo de telefones celulares e aparelhos eletrônicos apreendidos, na primeira oportunidade que tenham de se manifestar em novos inquéritos policiais ou autos de prisão em flagrante;
3. Por igual razão, que se solicite à respectiva Secretaria de Vara a relação de telefones celulares e aparelhos eletrônicos que se encontram apreendidos aguardando a realização de perícia e, com base nela, seja requerida autorização judicial para análise do conteúdo de tais dispositivos

Por fim, reitero que as ações sugeridas nos itens 2 e 3 acima constituem medidas de cautela, com o único objetivo de evitar grave demora no andamento de investigações criminais e ações penais, em razão do



MINISTÉRIO PÚBLICO  
ESTADO DO MARANHÃO  
Procuradoria Geral de Justiça




Caop-Crim



entendimento equivocado atualmente adotado pelo STJ e seguido por alguns juízos de 1º e 2º graus de jurisdição.

Ante o exposto, o Centro de Apoio Operacional Criminal expede a presente Nota Técnica, portanto sem caráter vinculativo, a fim de subsidiar a atuação dos membros do Ministério Público Estadual, em conformidade com **Artigo 38, III da Lei Complementar 13/1991**.

São Luís, 13 de novembro de 2018.



**José Cláudio Cabral Marques**  
Promotor de Justiça  
Coordenador do CAOP-CRIM