



Centro Universitário de Brasília- UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

EDUARDO MIGUEL VAZ SANTOS

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS EM APARELHO TELEFÔNICO
DURANTE PRISÃO EM FLAGRANTE**

BRASÍLIA

2020

EDUARDO MIGUEL VAZ SANTOS

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS EM APARELHO CELULAR
DURANTE PRISÃO EM FLAGRANTE**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos

BRASÍLIA

2020

EDUARDO MIGUEL VAZ SANTOS

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS EM APARELHO CELULAR
DURANTE PRISÃO EM FLAGRANTE**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos

Brasília, de de 2020

BANCA AVALIADORA

Professor Marcus Vinicius Reis Bastos (Orientador)

Professor(a) Avaliador(a)

A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS EM APARELHO CELULAR DURANTE PRISÃO EM FLAGRANTE

Eduardo Miguel Vaz Santos

RESUMO

O presente Artigo tem por objetivo analisar a validade das provas obtidas em aparelho telefônico durante prisão em flagrante. Primeiramente será abordado o conceito do garantismo penal, apontando o seu conceito e como se aplica ao presente tema, de forma que demonstre um pouco dos efeitos da nossa Constituição dentro das provas obtidas sem mandado judicial. Posteriormente, serão analisados alguns conceitos de provas e suas legalidades de forma que se entenda aquelas que possam ser lícitas e também as ilícitas. Ainda, serão abordados alguns direitos constitucionais que envolvam o aspecto da prova, como o contraditório e a ampla defesa, trazendo à baila algumas das garantias constitucionais em vista do modelo garantista apresentado no primeiro capítulo. Por conseguinte, serão analisadas as visões dos Tribunais Superiores a ponto de se entender o que está sendo seguido com o objetivo de conhecer convicções e opiniões.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Legalidade. Entendimento.

SUMÁRIO

Introdução; 1 Processo Penal E constituição; 1.1 As Origens do Garantismo; 1.2 O Modelo Garantista; 1.3 As Garantias Penais e Processuais; 2 Prova e Legalidade; 2.1 Contraditório e Ampla Defesa; 2.2 Garantias contra a autoincriminação; 2.3 Das Provas no Processo Penal; 2.4 Teoria do Fruto da Árvore Envenenada; 3 O Entendimento dos Tribunais Superiores; 3.1 Poder de Polícia; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O tema está situado dentro da área penal do nosso ordenamento jurídico. O foco se mantém especificamente na área processual onde se estuda a validade das provas obtidas em

um aparelho celular, sem ordem judicial, durante uma prisão em flagrante delito. Importante ressaltar que, por esse motivo, o tema aborda também a matéria constitucional sobre os direitos e garantias do cidadão brasileiro.

O mundo está sempre em constante evolução tecnológica; o que vem gerando dúvidas corriqueiras a respeito da utilização da tecnologia, para uma condenação ou absolvição, quando pode ajudar e também atrapalhar aqueles que tem a função de realizar o julgamento. Com isso, o tema é dissertado sobre o fato de analisar se tais provas devem ser consideradas ou não para uma possível condenação e quais suas reais consequências.

É por esse motivo que aqui buscamos fontes de matéria constitucional de forma a mostrar se essas provas ferem direitos fundamentais do acusado ou não; ou até que ponto poderia beneficiar a sociedade como um todo.

Hoje, podemos constatar variações em decisões de juízes de primeiro grau a respeito do tema; sendo assim, buscaremos no presente artigo entender a opinião de cada um desses magistrados.

Entende-se que, nos dias atuais, ninguém pode ter seus direitos fundamentais feridos e/ou violados, haja vista que são garantias mínimas que o Estado oferece ao cidadão.

Assim, chegamos a um ponto muito importante e de forma complicada que seria o fato dessas provas levarem uma pessoa a ser condenada em um processo penal.

Neste caso, teríamos direitos fundamentais violados e um dos principais, que é o da Liberdade. Com isso, não se pode nos dias atuais termos erros no processo penal, de forma que deva ele correr de maneira clara e célere, para que tenhamos sempre o fim pretendido que é a justiça.

Hoje a tecnologia pode nos servir como ajuda, diversas vezes, porém, devemos ter o cuidado de averiguar até que ponto essa tecnologia está sendo usada de maneira lícita ou não, pois como citado anteriormente, pode esta vir a prejudicar diversos direitos do cidadão, e gerar decisões judiciais injustas.

O presente artigo, tem então por objetivo a análise da admissibilidade das provas obtidas em aparelho celular sem mandado judicial, mas o foco recai na validade dessas provas; se essas podem ser consideradas lícitas ou não.

Com isso, divide-se em três momentos: o primeiro na análise de conceitos e doutrinas garantistas, em uma visão da defesa dos direitos constitucionais. Posteriormente, analisando os

conceitos de provas e legalidades com a caracterização das provas ilícitas e assim chegando a analisar as decisões de tribunais superiores.

1 PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO

A ideia central aqui, é de trazer as definições do garantismo e como este se alinha com a perspectiva do processo penal, juntamente com a análise da admissibilidade de provas.

1.1 As origens do garantismo

O Garantismo Penal, decorre do marco plantado pela geração de 1960, onde na Itália, se concretizou em luta armada e terrorismo nos “anos de chumbo”, conduzida por movimentos e grupos que agiam com violência e meio irregulares para obter resultados na política.

Porém, já se existia o movimento Magistratura Democrática, este, se tratava de vários magistrados que eram declaradamente da parte esquerdista, tinham assim como membro, o jurista Luigi Ferrajoli, na qual é conhecido como o pai do garantismo penal.

A denominada “interpretação evolutiva” ou também conhecida como “jurisprudência alternativa” foi a primeira ideia ativista idealizada pelo Luigi Ferrajoli. Assim expõe Leonardo Giardin de Souza, em seu artigo sobre “Garantismo Penal: O cavalo de Troia do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro”:

Em 1971, o então magistrado Ferrajoli, juntamente com seus colegas Salvatore Senese e Vincenzo Accattatis, apresentou em Roma o documento “Per una strategia politica di Magistratura Democratica”, cuja plataforma definia a justiça burguesa, referindo-se ao modelo do sistema judiciário italiano, como “giustizia di classe”, e assumia o grupo Magistratura Democratica “come componente del movimento di classe”, incumbido de *corrigir as contradições internas do ordenamento jurídico, através da jurisprudência alternativa*. (SOUZA, 2018, p.104)

Desta forma, afirma também que:

Em meados dos anos 1970, o recrudescimento da luta armada e o estabelecimento de uma legislação antiterror na Itália contou com a crítica de setores do movimento, surgindo a expressão garantismo penal. Os magistrados ativistas denunciavam a repressão ao terrorismo e ao banditismo armado como criminalização da luta de classes. Foi esse o germe do que Ferrajoli sistematizou no final dos anos 1980 na obra *Diritto e Ragione*. (SOUZA, 2018, p.104)

Feito esse breve relato referente à parte histórica, se chegou ao que temos hoje como denominado sistema garantista, que é tema do próximo item.

1.2 O modelo garantista

A ideia central desta teoria, parte de um ponto que entende que para o sistema de justiça criminal não ser um sistema irracional e ilegítimo, seria que quase necessário justificar a violência da pena com o estabelecimento de limites a forma em que o Estado dará a sua punição.

Assim, seria imposto ao julgador que ao pensar na punição que será dada pelo Estado, ele deve antes uma obediência certa e clara aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Porém, não tem que se falar de que o garantismo inventou normas, pois na constituição já é prevista, assim como os direitos nela expressos; o problema estaria no desenvolvimento desses institutos, pelos objetivos não expressos do doutrinador.

De uma forma mais objetiva, o garantismo surge como uma teoria do direito, que age como um instrumento de proteção aos direitos e garantias fundamentais, fazendo uma adequação entre a espécie constitucional e aplicação de normas infraconstitucionais. Desta forma expõe a autora Jéssica Ramos Saboia em seu artigo sobre Garantismo e Ativismo Judicial:

A teoria garantista visa à estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado de Direito Democrático fundamentado no homem e na sociedade, servindo a esses como instrumento de proteção de seus direitos e garantias fundamentais. O sistema garantista é caracterizado por limites identificados como defesas do cidadão contra o arbítrio estatal. (SABOIA; NESTOS, 2017, p.56)

Assim, segundo Saboia e Nestos (2017), o garantismo pode ser visto como uma espécie normativa de direito a ser usado com o objetivo de fazer uma adequação entre o sistema constitucional e a aplicação das normas infraconstitucionais. Com isso, como relatado anteriormente, podemos concluir que o garantismo postula seus preceitos todos voltados na constituição, buscando impedir que o Estado descumpra a aplicação dos direitos fundamentais.

Há de se observar, que um modelo de Direito Penal garantista, visa a preocupação com as garantias e direitos na Constituição e não o objetivo de abolir a pena ou fazer com que culpados saiam no final do julgamento de forma impune.

Assim se entende a observação da autora já mencionada acima, a respeito do assunto:

Nesse sentido, o garantismo se apresenta como uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, como sistema de proteção idôneo a minimizar a violência institucional dos aparatos repressivos. Revela-se, portanto, com instrumento apto para limitar o poder punitivo na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por já se encontrarem no texto constitucional, cabe aos operadores jurídicos realizar a devida interpretação constitucional do Código de Processo Penal (CPP), que é de 1941, e que prevê, em seu bojo, normas incompatíveis com os preceitos garantistas. (SABOIA; NESTOS, 2017, p.57)

Com isso, o garantismo se encontra em quatro dimensões do poder judicial. Trazendo os dois primeiros para nosso artigo, discorre que “por mais perfeito que seja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica da pena nunca ode ser absolutamente certa e objetiva” Ferrajoli, (2014).

Em um segundo plano, expõe que

[...] ainda que disciplinada pelo conjunto das garantias processuais, também a verificação fática de uma inserção judicial, da mesma forma que a de qualquer inserção empírica, exige decisões argumentadas. A prove empírica dos fatos penalmente relevantes não é na realidade uma atividade apenas cognitiva, mas constitui sempre a conclusão mais ou menos provável de um processo indutivo, cuja aceitação é, por sua vez, um ato prático que expressa um poder de escolha a respeito de hipóteses explicativas alternativas. (FERRAJOLI, 2014, p.33)

Ora, de acordo com o tema elencado e abordado nesta presente pesquisa, fica clara a aplicação deste princípio abordado do assunto, afinal, o policial que se dispõe de sua função e da espécie de uma prisão em flagrante para averiguar e ordenar que um suspeito ou réu desbloqueie seu aparelho celular, com os fins de retirar dali provas contra o acusado, estaria este servidor estatal descumprindo normas e direitos fundamentais em nossa constituição como de se manter em silêncio e não produzir prova contra a própria pessoa, conforme Artigo 5º, LXII, CF?

Observamos assim, que o modelo garantista tem como ideia central que sejam sempre observados não somente os direitos fundamentais, mas também os deveres fundamentais dos Estado, todos estes previstos na Constituição.

A teoria do garantismo determina parâmetros de justificação do poder de punir, partindo de um conjunto de garantias substanciais, como por exemplo o princípio da legalidade, ofensividade culpabilidade e dentre outros.

Ao falarmos desta “proteção” dada pelo texto constitucional, em nosso atual sistema, é destacado como garantia das partes as premissas do devido processo legal, ou seja, de uma

forma que haja uma igualdade processual, tendo assim um equilíbrio entre o Estado e o direito de liberdade do réu, com isso, se evita o tratamento discriminatório, que poderia vir a prejudicar a uma das partes.

Com isso a luz do garantismo, o processo penal não deveria ser visto por aqueles que estão à frente na linha do Direito, como um sistema de punição do Estado, todavia, deveria de ser enxergado como um instrumento de proteção ao acusado, na qual garantiria a ele, um julgamento justo e um sistema que ele poderá se defender, a tal ponto de que possa provar sua inocência perante ao sistema e a sociedade.

1.3 As garantias penais e processuais

Como explicitado acima em nosso texto, foi falado bastante dos princípios constitucionais e agora, podemos formulá-los e separar os princípios fundamentais de outros demais princípios, fazendo assim uma mesclagem para adaptá-los a um sistema, podendo o sistema ser o do processo penal.

A luz disso:

É, pois, possível formula-los, separar os princípios fundamentais daqueles considerados derivados e ordena-los dentro de sistemas ou modelos axiomáticos mais ou menos complexos e exigentes, conforme aqueles estejam incluídos ou excluídos em cada um desses sistema ou modelos. (FERRAJOLI, 2014, p.73)

Com isso, emprega onze termos que são usados na formulação destes princípios, que são eles: “Pena, delito, lei, necessidade, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.” (FERRAJOLI, 2014).

Com essa ideia, todos esses termos empregados, teriam no modelo garantista uma condição necessária, isto é, uma função no momento de atribuição de uma pena dentro do modelo de direito penal garantista.

Temos como ideia neste modelo, que a responsabilidade penal é um conjunto de condições normativas, que são exigidas para que um acusado ou qualquer pessoa seja submetida à pena.

Desta forma, para o autor, que é considerado o pai deste sistema garantista, cada um desses termos designa uma condição de responsabilidade penal.

Assim, o principal autor deste modelo garantista, traz dez princípios que são considerados por ele fundamentais no modelo de garantias penais e processuais, são eles: Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; Princípio da legalidade no sentido lato ou estrito; Princípio da necessidade ou da economia do direito penal; Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; Princípio da jurisdicionariedade; Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoa; Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; Princípio do contraditório ou da defesa e por fim o Princípio do ônus da prova ou da verificação.

Feita essa enumeração, completa FERRAJOLI (2014) “Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem com certa força de expressão linguística- o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal”

A atuação destes princípios teria como ideia a de limitar o poder penal absoluto.

Por fim, denota-se que de todos os princípios explícitos aqui neste trabalho, um deles se destaca no sistema de garantias, que é o caso do princípio da legalidade estrita. Justifica assim FERRAJOLI (2014) “Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (nulla pena, nullum crimen sine lege), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da pena legalidade penal”

Com o axioma da Legalidade estrita, a lei se faz de uma forma condicionada e não condicionante como no princípio meramente da legalidade. A simples legalidade da forma e da fonte seria uma condição de existência das normas que preveem crimes e delitos. Porém, em uma legalidade estrita, cria hipóteses de hierarquia constitucional, sendo uma condição de validade ou de legitimidade das leis.

Ora, desta forma, uma se dirigiria ao juiz e outra ao legislador, conforme expõe o autor:

Basta aqui dizer que, enquanto o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados (FERRAJOLI, 2014,p.76)

Fica claro aqui, que segundo um dos principais modelos do sistema garantistas, a ideia seria a de vincular o juiz ou o julgador a uma lei, um sistema correto e já prescrito, como uma

forma de evitar que o magistrado ou aquele que está julgando um réu, fugisse e se baseasse em pressupostos e demais fatos para determinar uma pena.

Com isso, ficaria aqui o julgador vinculado a uma lei, que expressamente vem sendo defendida pelo modelo garantista que é a Constituição Federal. Ora, se o magistrado está vinculado a uma lei, ele deveria assim seguir suas hierarquias, conforme já exposto aqui, ou seja, no momento de um julgado, deveria ele observar em primeira hipótese a mais alta norma do ordenamento jurídico que é a nossa Constituição. Desta forma, e aplicando ao nosso presente caso, ao verificar uma prova obtida para um processo penal, deve o magistrado averiguar a validade destas, ou seja, se no momento de sua colheita, foram respeitados os princípios constitucionais, ou se, serão irrelevantes no caso. É a partir deste ponto que surge a dúvida em nosso trabalho, as provas obtidas em aparelho celular durante prisão em flagrante sem mandado judicial, são válidas para uma eventual condenação? Poderemos encontrar a resposta para tal pergunta mais para frente em nossos próximos dois capítulos.

2- PROVA E LEGALIDADE

Conforme exposto no capítulo anterior, a constituição está bastante presente ao tratarmos da matéria probatória do Direito Penal, seja na questão de colheita até a sua validação se é considerada lícita ou não. Além disso, apresentamos aqui o garantismo, o que se pode resumir que é aquilo que assegura o ponto constitucional, as garantias fundamentais a todos que cumprem pena ou são investigados por um processo penal.

2.1 Contraditório e ampla defesa

Deste modo, o início deste projeto norteia-se no disposto no art.5º, Inciso LV, da Constituição Federal, que disserta que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”. Ao analisar, nota-se que a vontade do legislador foi de estender a garantia a todos os cidadãos, sobre o qual esteja regente por um processo por a autoria de algum fato, de natureza penal que é o nosso caso ou administrativa, ou até de qualquer outra natureza, o que importa é que esteja tutelado pelo direito positivo, de uma forma que independe do órgão acusador ou da etapa do procedimento.

Assim, é de extrema importância o que diz Godoy:

No processo penal acusatório, a garantia do contraditório assegura a ampla defesa do réu e, portanto, é um dos corolários do devido processo legal. É este um direito que fomenta a igualdade das partes, constituindo, assim, um baluarte dos direitos de personalidade inerentes ao ser humano. A ausência do contraditório na persecução criminal torna-se uma violência, pois o réu se torna indefeso, infligindo afinal um grave dano a sua dignidade (GODOY NETO, 2006, p.171)

Assim, de acordo com Almeida (apud GODOY NETO, 2006), a verdade atingida pela justiça pública, não pode ser considerada válida em um juízo, sem que se dê oportunidade de defesa ao acusado.

Deste modo, o réu deve estar ciente daquilo de que vem sendo acusado, sendo sempre comunicado, dos termos dessa acusação e também daquelas provas que vem sendo usadas naquele presente processo.

Ao falarmos desta comunicação ao acusado, é preciso estabelecer aqui, que esse ato deve ser feito em momento oportuno e não em um longo prazo, ou seja, desde o início de tal processo, é necessário que o acusado tenha conhecimento daquilo que a ele vem sendo apontado.

Assim, o contraditório é uma maneira de um diálogo, uma dialética que se faz dirigida ao magistrado, para que desta forma, possa ele ser convencido e que este concretize sua decisão para que se resolva o litígio ali presente. Com isso, quando se estabelece a igualdade de condições entre o réu e o acusador, tem-se presente uma isonomia processual, de uma forma que garanta a eficácia e a legitimada da função do Estado em seu modo jurisdicional. A partir deste princípio, nós teremos naquele litígio uma igualdade processual, deste modo, teremos no caso uma igualdade de direitos entre o réu e o acusador, fazendo com que esses se encontrem em um mesmo patamar até o momento de decisão do magistrado. Assim, se tem uma liberdade processual onde garante a cada parte constituir suas provas e praticarem seus devidos atos.

Neste ponto, expressa Raul Neto:

Neste mesmo sentido, Germano Marques da Silva, ao afirmar que este princípio traduz-se na estruturação da audiência em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa. Cada um dos respectivos titulares é chamado a aduzir as suas razões de fato e de direito, a oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a disreter sobre o resultado de umas e outras.¹⁴⁵ No que tange ao acusador, este terá de fundamentar, na sua peça processual, a narrativa clara e precisa dos fatos “que está a imputar ao futuro réu, a fim de que este tenha pleno conhecimento da acusação, podendo elaborar sua defesa e produzir as provas necessárias, sob pena de inépcia da inicial, por violação ao princípio em testilha” (RAUL NETO, 2006. p.172)

Ora, a garantia do contraditório, norteia todo o processo, assegurando os direitos processuais de cada parte.

Isso pois, é o contraditório que irá assegurar o direito de produzir provas de cada parte e também do acusado poder se defender daquilo que vem sendo imputado a ele. De acordo com essa grande garantia, não se pode o magistrado julgar de maneira diferente um ao outro, ou até mesmo beneficiar qualquer parte, só pelo simples fato de um estar no lado acusador e o outro do lado de quem vem sendo acusado.

Ao pensar deste lado, é importante também conforme explicito acima, que o acusador seja claro em sua peça processual de acusação, de modo que fundamente de uma forma clara e precisa tudo aquilo ocorrido. Isso porque, após o início de um processo penal, gera ao réu, uma referência ruim a sua imagem, perante ao efeito natural desabonador sua personalidade, pois perante a sociedade, aquele que figura na qualidade de réu em um processo criminal, teria a qualificação de culpado, antes mesmo de uma possível sentença. Deste modo, o direito ao contraditório como garantia fundamental vem também de uma forma a garantir o direito a imagem do acusado, pois dará a ele a oportunidade de esclarecimentos dos fatos segundo a sua perspectiva.

Apesar do exposto, a garantia do contraditório é conjunta a da ampla defesa, onde se tem uma medida contrária aos interesses da parte autora ou do estado, de um modo que se possa contraria-la fazendo assim a sua defesa.

Deste modo, a ampla defesa é nada mais que outra garantia processual, competente a todos indistintamente; pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiros etc.

Com isso, o contraditório e ampla defesa não são somente uma garantia processual instituídos ao nosso ordenamento jurídico, antes disso vem a ser uma garantia a própria pessoa humana, sendo um direito de personalidade. Isso porque, conforme esclarecemos no começo deste capítulo, um processo ou um inquérito processual por exemplo, pode gerar danos a figurar da imagem do acusado, deste modo, é necessário a garantia a sua pessoa, para que possa provar o contrário e esclarecer os demais fatos.

Desta forma, entendemos a ampla defesa como uma forma de asseguramento ao réu ou acusado, que possa garantir a ele o direito de trazer ao processo demais elementos que possam esclarecer a verdade ou mesmo de se calar, com objetivo de provar sua inocência ou esclarecer os fatos ali presentes.

Vale ressaltar aqui, que é papel do Estado é garantir e proporcionar a todo réu a defesa em um processo criminal, devendo prestar assistência jurídica e conforme estabelece os requisitos, quando possível, gratuita àqueles mais necessitados.

Neste ponto, adentramos ao tópico importante consoante a importância da defesa técnica, ela surge como uma forma de assegurar a ampla defesa e o contraditório previstos na Constituição Federal, garantida em todo o processo.

Deste modo, a defesa técnica é indispensável, irrenunciável, e não apenas que deve ser suprida em caso da impossibilidade do acusado de se defender pessoalmente. (FERNANDES, 2002).

É importante também ao tratar desta matéria, destacar que a defesa técnica deve aparecer de uma forma plena, ou seja, para que se tenha uma efetiva defesa, ela deve estar presente desde o início da instrução penal, desde o inquérito policial, de um modo que possa contrapor a acusação que esta sim atua a partir do início da apuração policial.

É notório também que essa materialização do contraditório e da ampla defesa não está presente somente em nossa Constituição Federal.

Nesse caminho, objetivando materializar a garantia da ampla defesa e do contraditório, além dos já mencionados de ordem constitucional, o Código de Processo Penal, além de prever o instituto da nota de culpa como documento que contém os motivos da prisão, nome do condutor e das testemunhas, após alteração relativamente recente, passou a prever também a necessidade de comunicação à Defensoria Pública a prisão em flagrante, no prazo de até 24 horas, quando o autuado não indicar defensor próprio.

Cumprido relevar, ademais, o entendimento firmado em recente súmula vinculante de nº 1428, aprovada em sessão plenária pelo Supremo Tribunal Federal, em 02/02/2009, que normatiza o seguinte sobre o acesso do defensor à investigação: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BARBOSA, 2011, p.85)

Deste modo, é importante que se tenha uma visão mais ampla da defesa, de que não se trata ela de uma forma negativa, de oposição ou resistência a pretensão do autor, ou seja, que estaria ali apenas se defendendo e retirando suas culpas levantando pontos que batem de forma contrária à acusação, e sim, a defesa deve ser vista na sua dimensão positiva, que seria o direito de participar e influenciar no processo, não meramente como um acusado, mas de forma que se

objetiva chegar a um resultado justo. Ora, advindo de uma sentença, é possível que esta reconheça que o autor do processo tenha agido de má fé, podendo ele responder até por denúncia caluniosa.

Assim, uma das principais formas de praticar sua defesa técnica e exercer o direito do contraditório e ampla defesa, é usufruindo do direito a prova, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo, devendo sempre se observar a sua legalidade.

Com isso, pode-se concluir pelos dois princípios que são ligados a defesa técnica que seria a sua materialização que, mediante estes, o sujeito tem a liberdade de acessar o conteúdo que fora produzido contra ele, reconhecer aquilo que está sendo imputado a sua pessoa e esclarecer os fatos, de um modo que possa fazer a sua defesa, com testemunhas e diversos outros meios probatórios. Importante salientar, de que todo o processo deveria ocorrer de uma forma que não prejudicasse sua imagem até uma sentença final, porém que é um grande trabalho a ser feito, devido a cultura da sociedade.

2.2 Garantia contra a autoincriminação

Neste tópico, trataremos do estudo da garantia contra a autoincriminação, como base no termo “*Nemo tenetur se ipsum accusare*” que significa que, ninguém pode ser obrigado a acusa-se a si próprio, como pequena introdução há de se falar que este princípio se refere a que nenhuma pessoa ou réu seja obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Ao final deste tópico, poderemos ter uma certa ideia se este princípio seria uma espécie de garantismo penal e se ao acusado fornecer seu celular aos policiais presentes em uma prisão em flagrante estaria ou não produzindo provas contra sua própria pessoa.

Com base em estudos diversos, o direito à não autoincriminação se dá no direito a não ser obrigado a depor por exemplo como testemunha contra sua própria pessoa em processo penal. Isso encontra-se em conjunto com o princípio da presunção de inocência e também ao direito de um julgamento justo. Machado e Raposo (2009).

Assim, na linha da história o primeiro aparecimento dessa garantia fundamental veio a surgir na Constituição Federal norte-americana em 1787, surgindo como um vasto conjunto de preocupações relacionadas a um modo que se evite que uma pessoa ou um acusado seja

condenado de uma forma injusta, podendo ter seu objetivo comparado ao do garantismo, expresso aqui neste trabalho na capítulo de número 1.

Ao analisarmos esses objetivos desta garantia, Machado e Raposo (2009) coloca de forma muito própria a este artigo, os objetivos subjacentes da garantia contra não à autoincriminação, expõe assim:

Subjacente ao direito à não auto-incriminação encontra-se igualmente um princípio de prevenção do abuso de poder na recolha de informações, da invasão da privacidade e da recolha de elementos probatórios destituídos de fidedignidade. Igualmente relevante é o princípio da voluntariedade da confissão, de acordo com o qual a confissão deve resultar de uma escolha livre e não constrangida por parte do arguido. Pelo seu conteúdo, o direito à não auto-incriminação deve ser interpretado em termos razoavelmente amplos, a favor do arguido, na medida em que isso seja suportado por uma correta ponderação dos princípios relevantes³. Na origem histórica deste direito está a necessidade de proteger os arguidos diante dos interrogatórios policiais, como meio de evitar confissões coagidas. Este direito surgiu como uma reação consciente contra as práticas inquisitoriais medievais, na linha do instituto da *Prohibitio Formata* através do qual se pretendeu restringir os direitos de interrogação do clero⁴. Presentemente, o mesmo tem como ponto de partida o reconhecimento da fragilidade do indivíduo perante o monopólio estadual da coerção legítima. O direito à não auto-incriminação sofre, naturalmente, as restrições necessárias e adequadas à realização da finalidade constitucional da boa administração da justiça e do combate à criminalidade. (MACHADO; RAPOSO, 2009, p.14)

Dentro da tese do direito a não autoincriminação, podemos fala-la no aspecto material, onde estamos diante de um fato em que há uma carência, algo concreto em lei, para que possa-se por exemplo estabelecer-se seus limites, ou seja, em outras palavras não haveria algo concreto que mostrasse até que ponto está se ferindo o direito a não autoincriminação, como no caso em que se estaria indo contra o direito de garantia a propriedade ou não ao acessar uma casa ou um celular durante a prisão em flagrante.

Diante disto, para Machado e Raposo (2009), este direito tem um fundamento material de dupla natureza, substantiva e processual. Do ponto de vista substantivo, como anteriormente se disse, este direito encontra-se radicado na presunção da inocência e no direito a um julgamento justo e serve o objetivo de evitar abusos de poder por parte do Estado.

Desta forma, Machado e Raposo (2009) diz ainda que a pretensão deste direito é de proteger a dignidade, privacidade e autonomia individual durante um processo judicial. Ao se analisar esse tema no âmbito processual, se entende que o direito a não autoincriminação é indispensável no procedimento acusatório de um processo judicial, onde nesta parte o

responsável a produzir provas é a parte acusadora onde esta não pode exigir que o acusado ou a ré manifesta-se em confissões.

Dentro dessas posições e estabelecidos o conceito e a ideia do direito a não autoincriminação, se passa análise ao nosso tema, e onde poderíamos aplicar tal princípio. Com isso, Machado e Raposo (2009) se posiciona ao explicar que esse princípio também adentra ao direito de não ser obrigado a oferecer quaisquer substancias ou elementos de provas que possam ajudar para sua incriminação.

Ora, um policial ao realizar uma prisão em flagrante delito, estaria ele sim agindo dentro da lei, porém, seria passível ordenar ao acusado, aquele que está sendo autuado no momento a desbloquear seu aparelho celular com os fins de ali localizar provas que possam prejudicar ainda mais o réu? Aqui, estaria ele claramente obrigando o sujeito a produzir provas contra ele mesmo caso haja algo que prejudique a sua situação, pois aqui ele estaria oferecendo substancias e elementos de provas que realizem sua própria incriminação.

Com isso, entendemos que o direito contra a autoincriminação é bem aplicável ao réu analisado no nosso projeto, pois as vezes um simples desbloqueio de aparelho por medida forçada do agente estatal, destacando que este se encontra sem mandado judicial, estaria obrigando o acusado a realizar e produzir elementos de provas contra sua pessoa.

2.3 Das provas no processo penal

Para concluirmos este capítulo, se faz necessário abordar o principal tema que aqui vem sendo analisado, as provas! Até por esse motivo, fica para o encerramento do capítulo 2.

Desta forma, o conceito de prova é definido por Fiorin e Campos (2012): Conceitua, sendo ele amplo. Originalmente o termo “prova” origina-se do latim *probatio*. Tal termo tem o significado de demonstrar, ser reconhecido. Desta forma, é aquilo em que se demostre a existência de tal fato ou algum ato.

Desta forma, há no ordenamento jurídico um grande sistema de princípios dentro das provas. Como: Auto Responsabilidade, Vedação das provas obtidas por meios ilícitos, liberdade probatória, livre convencimento, contraditório, e o da comunhão.

Assim, Fiorin e Campos (2012), definem esses princípios da seguinte maneira:

O Princípio da Auto Responsabilidade determina que cada uma das partes é responsável pelas consequências por suas ações e omissões na produção das provas, em função da faculdade processual da produção de provas pelas partes.¹⁵O Princípio da Oralidade, dá-se normalmente pela prevalência da produção de provas orais¹⁶, e prevalecendo esta sobre a prova escrita. O Princípio da Comunhão da Prova, “significa que a prova, ainda que produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, O Princípio do Contraditório, “produzida a prova, a parte *ex adversa* tem o direito constitucional de poder manifestar-se sobre ela; se produzida pelo Juiz, sobre ela têm as partes o direito não só de tomar ciência da sua produção como, também, o de se pronunciar sobre ela”O Princípio do Livre Convencimento acarreta a livre persuasão do magistrado em seu julgamento, referente à valoração das provas, desde que devidamente fundamentada. O Princípio da Liberdade Probatória zela pela liberdade na produção de provas, ainda que de ofício, na busca da verdade real dos fatos. O Princípio da Vedação das Provas Obtidas por Meios Ilícitos resguarda a garantia constitucional do inciso LVI do artigo 5º da CRFB/88, onde nenhuma pessoa poderá ser condenada com fundamento em prova ilícita, matéria que será abordada com maior enfoque neste artigo. (FIORIN; CAMPOS, 2012, p.569)

Dentro deste mundo das provas, diversos autores destacam as provas ilícitas, que são aquelas principais abordadas por nós também neste trabalho, afinal, o tema principal aqui em discussão é se as provas obtidas em aparelho celular em prisão em flagrante sem mandado judicial são válidas ou ilícitas.

As provas em si, formam uma base para que o juiz fundamente sua decisão, quando ausentes essas, acarretará em absolvições.

Com isso, posicionam-se os autores que, nesta busca incessante de provas para chegar-se na verdade e afastando assim a probabilidade, são utilizados os mais variados meios para a produção de provas, justamente por tratar-se sobre questão de garantia da liberdade do indivíduo.

Ora, à luz desta observação, notamos que muitas formas são usadas para que se produza provas e uma delas ocorre durante prisões em flagrante. Quando os agentes do estado abordam o flagranteado, muitas vezes eles usam formas de adquirirem provas, uma delas, é quando estes obrigam ao acusado que desbloqueie seu aparelho celular para que ali possam observar e ver se é possível extrair provas contra eles, isso sem mandado judicial e sem avisá-los previamente que não são obrigados a praticar tal ato de desbloqueio.

Por conta disto expõem FIORIN e CAMPOS (2012) “Contudo, esta permissão probatória das partes, terceiros e juízes devem respeitar certos parâmetros morais e legais para o seu devido aproveitamento processual, sendo, portanto, limitada”.

A condução e investigação do ato ilícito deve seguir uma grade de regras que já são estabelecidas, seja de uma forma material ou também de uma forma processual. Assim, observa-se a proteção em prol da defesa social, de uma forma que não é tolerado uma aplicação de punição de qualquer modo, de uma forma que se utilize provas contrárias as leis e que não vai de acordo com a moral, pois quando se busca uma verdade justa, também se faz necessário que se utilize meios e métodos justos, lícitos e que não se prejudique nenhum dos direitos do acusado.

O grande problema estaria quando adentrássemos no ponto de vista da sociedade, assim expõe FIORIN e CAMPOS (2012) “O correto seria a utilização de qualquer meio ou prova como liberdade para o juiz penal realizar a pretensão punitiva do Estado, fazendo com que a obtenção da justiça na busca da verdade sobressaísse perante a liberdade individual”.

Eis aqui uma situação de grande problema para nós. Até que ponto se pode considerar uma prova ilícita em prol a sociedade? Seria isso possível?

No tema tratado em nosso trabalho gera um grande repercussão, pois em alguns casos os agentes do Estado sabem que se tem provas naquele aparelho celular que se encontra com o flagranteado, e naquele mesmo momento ordenam que este desbloqueie o aparelho para que possam colher as provas ao ponto de uma possível prisão provisória no momento da audiência de custódia.

Assim, há ocasiões em que se tem provas concretas no celular do réu de que ele por exemplo esteja tipificado no art.33 da Lei 11.343, ou seja, incurso no tipo penal de tráfico de drogas.

Ora, as drogas causam grandes prejuízos em toda a sociedade, destrói famílias e por sua conta acarreta em várias mortes por conta da guerra do tráfico. Desta forma, não estaríamos de certa forma protegendo o acusado, haja visto que se tem provas concretas de que este participa do meio ilícito e pratica o tráfico? Talvez fosse mais benéfico para a sociedade, que o magistrado ao receber as provas e os fatos, decretasse a condenação do réu, aproveitando tudo aquilo que foi colhido na prisão em flagrante e desta forma fizesse com que o acusado cumprisse sua pena com o fim de se reeducar perante a sociedade.

Porém, como falamos em nosso primeiro capítulo, se tem garantias e leis a serem seguidas, o modelo garantista é muito claro ao proclamar que é necessário sempre se atentar aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, além disso, deve-se seguir sempre a lei

processual do Estado, na qual em nosso país, se tem de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, conforme art.5º, Constituição Federal.

Com isso, estando essa limitação que restringe a colheita de provas para que se possa instruir o processo penal e futuramente uma fundamentação da sentença, toda parte que legalmente não é aceita e que seja contrária a lei, é vedado a ser considerado como prova naquele processo.

Assim, FIORIN e CAMPOS (2012) “Caso ocorra de provas serem obtidas com violação à lei ou algum destes outros direitos implícitos ou explícitos, serão automaticamente provas ilícitas, vedada a sua utilização e proibida de instruir qualquer ato processual”.

Porém entende-se que as provas ilegais são divididas em duas categorias: As processuais que são chamadas de ilegítimas e as materiais que são as provas ilícitas. Desta forma entende Nucci (2009, p. 353), que: “As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual”.

Desta forma, caso a ilegalidade se encontre no momento da produção da prova, como por exemplo em nosso caso, em que ela é produzida no momento da prisão em flagrantes com a ordenação de que o acusado desbloqueie seu celular sem um devido mandado, essa se enquadraria em prova ilícita.

Assim, a Constituição da República e o Código de Processo Penal são claros ao dispor de que há uma inadmissibilidade das provas ilícitas, assim dispõe:

Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

Com a redação dos dois artigos se advém uma grande observação dos autores:

Observa-se que no texto constitucional o legislador não materializou o conceito de provas obtidas por meios ilícitos, apenas legislou a sua inadmissibilidade no processo. Então a doutrina como já salientado dividiu as provas ilegais em: provas ilegítimas (direito processual) e provas ilícitas (direito material). Porém com a nova redação do Código de Processo Penal novamente unificou as provas ilícitas em uma espécie apenas, sejam elas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais, englobando tanto as de direito processual como de direito material em uma única terminologia, provas ilícitas. (FIORIN; CAMPOS, 2012, p.573)

Desta forma, entende-se que as disposições legais englobam tanto as provas ilegais quanto as provas ilícitas.

2.4 Teoria do fruto da árvore envenenada

Esta é uma teoria bastante utilizada no mundo do processo penal. É possível encontrá-la em diversas ocasiões, como em tribunal do júri ou até mesmo em peças processuais.

Assim, Fiorin e Campos (2012) entendem que, a teoria teve sua origem nos Estados Unidos e foi adotada pela primeira vez em 1914. Ela consiste em que se a árvore está envenenada, todos aqueles frutos que dela decorrem também estariam envenenados, ou seja, qualquer dos frutos que advenham desta árvore estarão também contaminados, também serão afetados.

Aplicando essa teoria em um conceito jurídico, caberia dizer que, toda prova lícita, mas que foi produzida por um meio de prova ilícito ou deriva de uma prova ilícita, essa que era válida também será a ser considerada ilícita, pois estaria contaminada pelas demais. Portanto, caso a prova deriva de outra produzida ilicitamente, a primeira irá herdar a sua ilicitude.

Com isso, ao observar nosso caso, podemos notar que muitas vezes a prisão em flagrante é totalmente legal, e aquilo que foi achado em seu celular também são provas concretas e lícitas que podem vir a condenar o acusado, o detalhe estaria na forma em que foi obtida essa prova no celular do réu. As vezes ele poderia ter liberado e dado ciência do que iria acontecer, porém de que forma foi levado a esse convencimento? Mediante uma tortura física ou psicológica ou até mesmo enganado do que seria feito com aquele material probatório. Desta forma, tudo aquilo que era lícito será contaminado, ou seja, se tornará ilícito. Este seria um caso de aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada.

3 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Neste nosso último tópico do trabalho, após feita todas as observações necessárias, adentraremos na prática, para ver aquilo o que realmente acontece e como vem sendo feitas as decisões relativas ao nosso tema.

Ficou claro que o nosso trabalho buscou sempre analisar a admissão processual da prova obtida sem ordem judicial, no telefone celular apreendido em razão de flagrante com relação as garantias constitucionais, até por esse motivo, demos nosso primeiro capítulo para a teoria do garantismo.

- HC 66.368

O nosso primeiro análise entra no HC 66.368, que remete contra o acórdão 0201607-4 de 2006. No acórdão, houve a denegação da ordem em que se buscava a revogação da prisão preventiva e que se fossem desentranhadas as provas dos autos, visto que teriam sido essas provas colhidas sem autorização judicial no celular do acusado, e por esse motivo essas seriam ilícitas.

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DAS ELEMENTARES DOS CRIMES. OFENSA AO ART. 41 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. NOME COMPLETO DAS VÍTIMAS NÃO EXPLICITADO. IRRELEVÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO. ILEGALIDADE DE PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CONVERSAS ENTRE OS RÉUS E SEUS DEFENSORES. INTERCEPTAÇÃO NOS TELEFONES DOS INVESTIGADOS. FILTRAGEM QUE NÃO DEVE SER FEITA PELA AUTORIDADE POLICIAL. AFRONTA AO ESTATUTO DO ADVOGADO NÃO CONFIGURADA. DOCUMENTOS QUE PODEM SER DESCARTADOS PELO JUÍZO. SENTENÇA NÃO PROFERIDA. ORDEM DENEGADA.(

Superior Tribunal de Justiça (STJ)- Habeas Corpus (HC):66368 PA 2006/0201607-4, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 05/06/2007, T5- QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/06/2007 P.673).

Neste presente caso, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a prisão que fora decretada pelo Tribunal De Justiça Do PA. Assim também, negou o desentranhamento das provas que haviam sido arguidas como ilícitas pela forma que foram colhidas nos aparelhos apreendidos no flagrante. Neste ponto, a turma entendeu que a colheita de provas nos aparelhos apreendidos quando em situação de flagrante, são de dever da autoridade policial, e por esse motivo, não necessitariam antes de uma autorização do judiciário.

Porém, a defesa impetrou outro HC em abril de 2012 perante o Supremo Tribunal Federal, com o mesmo fim de revogar a prisão preventiva. A mais alta corte brasileira teve o

mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que se trata da autoridade policial e denegou o pedido.

Acontece, que em abril de 2016, Superior Tribunal de Justiça teve posição diferente perante o HC 51.531, onde o caso era semelhante e neste julgamento a sexta turma do órgão teve um entendimento contrário ao do anterior emitido pela mesma corte no HC 66.368

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: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016)

Neste julgamento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a colheita de provas no aparelho telefônico como imprescindível de ordem judicial, caso contrário, estaria sendo uma afronta a privacidade do indivíduo e ferindo seus direitos constitucionais.

Diante disso, o problema que decai é que tais casos podem servir de base para julgamento de casos análogos, logo, qual seria o ponto correto a ser adotado, haja visto essas discordâncias no Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Outro caso que serve como base, é o do HC 66.368 perante ao Superior Tribunal de Justiça, e, que se alegou mais uma vez colhida ilícita de provas, desta vez, os registros de ligações no celular do có-réu, haviam sido checados pelos agentes de polícia sem a devida ordem judicial.

Os argumentos da defesa não prosperaram e por isso houve HC perante o Supremo Tribunal Federal, no caso HC 91.867.

Neste, tendo como o relator Ministro Gilmar Mendes, da segunda turma, em 2012, por unanimidade decidiu por não reconhecer a ilicitude da prova e manteve o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a decisão:

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, dispor 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. (BRASIL, 2012).

Entretanto, diante de tantas divergências, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça em 2017, entendeu que são ilícitas as provas obtidas por meio de análise de aparelhos telefônicos de investigados sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial motivada. O ministro Reynaldo Soares disse que, embora não se trate de violação de garantia de inviolabilidade das comunicações, conforme o artigo 5º, XII, Constituição Federal, há uma violação dos dados armazenados no aparelho, que é vedado pelo inciso X, do mesmo artigo e diploma legal.

Neste caso do HC 89.981, é interessante o ponto da “prévia autorização”. Aqui, se trata do próprio flagranteado permitir que os policiais acessem seu celular.

Como uma outra forma de pesquisa em nosso trabalho e procurando mostrar a parte prática e de como são as visões dos magistrados, realizamos uma pequena entrevista com um Juiz da Vara Criminal de Brasília., do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O magistrado apontou durante sua entrevista, quando questionado sobre se a verificação sem ordem judicial violaria o direito à privacidade, que com certeza! Para ele, o aparelho celular também entra na privacidade do cidadão.

Foi questionado sobre os casos que recebe em sua vara, e afirma que ali, quase nunca tem problemas com essa situação, pois sempre nos processos constam que o réu autorizou a verificação dos policiais.

Bom, este é o mesmo ponto apontado acima, a “prévia autorização”. O problema aqui é de como essa autorização foi obtida, por livre espontânea vontade do acusado ou por meio de tortura ou algo que a forçasse a liberação.

Esse foi um caso no HC 529500, onde a decisão do Superior Tribunal de Justiça manteve a prisão do acusado por ter havido autorização prévia:

Ou seja, pelo contexto fático que ficou delineado nos autos, o paciente franqueou aos policiais, de forma espontânea, o acesso ao celular, havendo, inclusive, fornecido a senha de desbloqueio para a autoridade policial, o que afasta a apontada violação dos dados armazenados no seu celular. (STJ – HC 529500 2019/0254023-7, Decisão Monocrática, Ministro Rogerio Schietti, Data de julgamento: 30/03/2020)

Contudo, foi questionado a um juízo da capital federal, e conforme relatado pelo magistrado, o problema seria em regiões menores do Brasil, cidades de interior etc. Como estariam sendo obtidas essas autorizações?

Por fim, como podemos definir então quais as medidas adotadas e as visões dos tribunais superiores?

Já foi visto, que a prova não deve ser admitida em hipótese que ela tenha em seu método de produção, violado a lei. Com isso, a prova obtida no aparelho celular sem as formas legais de autorização devem ser invalidas e desentranhadas do processo. Entretanto, há hipóteses de excludentes de ilicitude do agente à acessão o aparelho. Desta forma, explica Vieira:

Suponha-se, que, o agente, acesse o telefone celular de um preso em flagrante, membro de quadrilha destinada a cometer homicídios, sendo que o membro em questão já praticou o homicídio contra uma vítima e há outra pessoa correndo risco de morte a ser executado pelo restante da quadrilha. Existem, ainda, fortes elementos indicando que no telefone celular deste membro, existe a localização da pessoa em risco. O acesso a este telefone é urgente e decisivo para vida desta pessoa. (VIEIRA, 2020.)

Este seria um exemplo de excludente de ilicitude que poderia acarretar na validade das provas que foram coletadas. Esse foi o entendimento no HC 51.531/RO:

Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demorana obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativo recém-abandonado: o acesso incontinenti aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado. (BRASIL. STJ, 2016)

Contudo, podemos entender que o posicionamento quanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal, que se acompanham, estes dependem sempre da situação em concreto. Entretanto, o que se pode concluir é que hoje são consideradas ilícitas as provas obtidas em aparelho celular sem a prévia e devida autorização. Isso, conforme o HC 530282/SE:

A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos, como smartphones e tablets, encontra guarida constitucional, importando a prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação. 2. O entendimento prevalecente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal é o de que são ilícitas as provas obtidas de aparelhos celulares sem prévia e devida autorização, seja judicial seja do réu, ressalvados os casos excepcionais. (STJ – HC: 530282 SE 2019/0258568-0, Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Data de Julgamento: 18/02/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2020).

Porém, estaremos sempre a fazer uma análise do caso concreto, pois conforme exposto no julgado acima, há casos excepcionais, dentro de cada um pode haver diversas situações e demasiados modos que foram adotados para colher certas provas, como as excludentes de ilicitudes que também citamos aqui.

Assim é relatado no HC 51.531/RO de abril de 2016 pelo Ministro Rogério Schietti Cruz:

O tema é novo e, salvo o citado precedente do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já passados mais de 10 anos, é ainda sujeito a oscilações. Por ora, e sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito, sigo o entendimento do eminente relator. Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões a priori absolutas. Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente. (STJ – RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Ou seja, o tema estará sempre sujeito a oscilações, podendo mudar posicionamentos a depender do caso. Porém a atual visão dos tribunais é que, ressalvado casos excepcionais, essas provas são consideradas ilícitas. Outra “norma” que teríamos que retratasse esse entendimento, seria o informativo nº0583 do STJ, onde entendeu que são nulas as provas que sem a prévia autorização judicial, são obtidas pela polícia por meio da extração de dados presentes no celular do suposto autor de ato delituoso.

3.1 Poder de polícia

Como vimos acima, os órgãos de julgamento apontaram diversas vezes quando decidiram de que não se trataria de prova ilícita, pois a verificação do aparelho celular fazia parte do poder de polícia.

Pois bem, devemos então analisar uma breve definição do termo. A Constituição Federal lista o sistema tripartido de poderes, onde o Estado detém poderes políticos exercidos pelo Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder judiciário. Dentre os poderes, se tem de forma secundária os atos da administração pública, que fazem com que o interesse particular não se sobreponha ao coletivo.

Desta forma. Se tem o poder de polícia, que é definido por autores da seguinte maneira:

O Poder de Polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas a Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequando, direitos e liberdades individuais” (TÁCITO, 1975 apud MEIRELLES, 2002, p. 128).

Ainda, dispõe Maximiliano Calian em seu artigo que:

O ilustre professor Hely Lopes Meirelles, em sua magnífica obra do Direito Administrativo Brasileiro, conceitua o Poder de Polícia como uma faculdade da Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais. (COSTA, 2018, p.3)

Em seu final de trabalho, conclui que:

O poder de polícia destina-se assegurar o bem-estar geral, impedindo, através de ordens, proibições e apreensões, o exercício antissocial dos direitos individuais, o uso abusivo da propriedade ou a prática de atividades prejudiciais à coletividade. Quando o particular, mesmo de forma irregular, decide por ferir os preceitos que são regulamentados pela Administração Pública deve esta, portanto, fazer uso do Poder de Polícia e estabelecer sanções até que o particular faça a devida adequação de seu direito individual ao coletivo, a fim de garantir o bem-estar social.(COSTA, 2018, p.9)

Com isso, notamos que não se tem uma definição simples, e nem se tem claro quando e até onde possa ir o poder de polícia.

CONCLUSÃO

Notamos, durante todo o exposto, que estamos diante de uma situação de tecnologia; ou seja, algo que permite uma mutação a qualquer tempo, estando sempre em evolução e constante mudança. Talvez isso dificulte ainda mais termos uma definição e posição centrada sobre a validade do que analisamos.

Ainda assim, não se pode tomar por base regras e técnicas tradicionais que são baseadas em tecnologias passadas, conforme dispõe nosso ordenamento jurídico para o sistema de

provas que vem sendo gerado na geração atual. Ou seja, aquilo que dispõe os códigos, como o CPP, estão baseados em tecnologias passadas, onde não haviam aplicativos como os de hoje e nem sequer aparelhos que pudessem fazer trocas de mensagens e arquivos como os atuais. Com isso, dificulta ainda mais tomar decisões e fundamentar sentenças.

Assim, não é possível dizer que uma prova colhida em situação de flagrante em um aparelho telefônico é lícita, apenas pela previsão do CPP por base no poder de polícia.

Não é possível esquecer aqui o que foi trazido em nosso primeiro capítulo a respeito do garantismo! Não se trata de uma teoria que protege um lado ou outro e sim de uma tese que busca assegurar os direitos constitucionais. Desta forma, não há como seguir o CPP e basear-se no poder de polícia e esquecer a nossa Carta Magna, os direitos fundamentais. É inegável que o aparelho telefônico foi reconhecido como uma propriedade do cidadão, ou seja, inviolável sua privacidade.

Porém, como trazido aqui, a vedação dessas provas não tem um caráter absoluto, e sempre tem exceções, ainda mais quando agem em confronto com princípios que assim justifique.

Pensamos aqui, talvez estaremos deixando de efetuar a prisão e ter uma sentença favorável a sociedade quando desentranhamos provas e a consideramos ilícitas. Tal fato pode trazer sentença favorável ao réu, quando se tem provas que é culpado. Estaríamos aqui indo contra o interesse público e do bem comum. Às vezes, a depender da situação de flagrante possa haver grande risco para a coletividade, e o acesso naquele momento tornasse essencial, desta forma, as provas ali colhidas poderão ser consideradas lícitas pelas circunstâncias do momento. Outra situação é na forma de excludente de ilicitude, quando possa haver por exemplo uma pessoa em risco de morte, e o acesso naquele momento é fundamental para que se evite tal fato. Vale ressaltar que em uma possível causa de legítima defesa, torna-se também fundamental o acesso para exercer tal direito.

Porém, pelos julgados aqui expostos, notamos que o entendimento é de que é sim uma violação a privacidade da pessoa. Entretanto, se mostra necessário a reavaliação talvez do Código de Processo Penal, ou da elaboração de uma lei que determine e deixe mais claro como lidar com situações que se está presente a tecnologia.

Isso mostra que, apesar do estudo feito, não temos como tirar conclusões absolutas e tudo pode depender de novas circunstâncias e casos que irão surgir ; devendo-se, então,

observar sempre o posicionamento que vem sendo tomado, considerando-se uma área muito dinâmica que tem evoluções e mudanças a todo tempo como o da tecnologia.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Emerson. sistema Penal & violência. Rio Grande do Sul. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**, v. 3, n. 1, p. 74-88, 2011. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:D6RASY1mDsAJ:revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7942/6416+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 529500/AC- ACRE**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/826250944/habeas-corpus-hc-529500-ac-2019-0254023-7?ref=feed>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 530282/SE- SERGIPE**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/815690030/habeas-corpus-hc-530282-se-2019-0258568-0?ref=feed>. Acesso em: 12 abr. 2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 66.368/PA- PARÁ**. Relator: Ministro Gilson Dipp. 2006. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19236934/habeas-corpus-hc-66368-pa-2006-0201607-4/inteiro-teor-19236935>. Acesso em: 05 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 51.531/RO-Rondônia**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Pesquisa jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-51531-ro-2014-0232367-7/relatorio-e-voto-340165682?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.867/PA-Pará**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 06 fev. 2020.

COSTA, Maximiliano Calian. **Poder de polícia**: uma abordagem do interesse de agir do Estado em busca da supremacia do interesse coletivo em detrimento do individual. 18 jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/poder-de-policia-uma-abordagem-do-interesse-de-agir-do-estado-em-busca-da-supremacia-do-direito-coletivo-em-detrimento-do-individual-2/> . Acesso em: 12 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

FIORIN, Greco Dagoberto; CAMPOS, Eduardo Erivelton. A admissibilidade da prova ilícita no processo penal. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, v. 3, n. 2, p. 565-582, 2012. Disponível em: [LINK COMPLETOwww.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc). Acesso em: 28 out. 2019.

MACHADO, J.; RAPOSO, V. O Direito À Não Auto-Incriminação e As Pessoas Colectivas Empresariais. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 8, p. 13-47, 2009. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/484>. Acesso em: 15 jun. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. São Paulo: Atlas, 2010.

RAUL NETO. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n.14, p.101-104, 2006. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-Monografia_Raul_Godoy_Neto_\(Inquerito_policial_contraditorio_e_ampla_defesa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-Monografia_Raul_Godoy_Neto_(Inquerito_policial_contraditorio_e_ampla_defesa).pdf) Acesso em: 23 abr. 2020.

SABOIA, Jéssica Ramos; NESTOR, Eduardo Araruna Santiago. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo STF.. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.2, n. 2, p. 54-74, 2018. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1121>. Acesso em: 15 maio. 2019.

SOUZA, Leonardo Giardin. Garantismo penal: o cavalo de troia do sistema de justiça criminal brasileiro. Rio Grande do Sul. **Revista do Ministério Público Militar**, ano 63, n. 28, p 98-124, 2018. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/ler-artigo/>. Acesso em: 05 mar. 2019.

VIEIRA, Julio Cesar. **A admissão processual da prova obtida sem ordem judicial em telefone celular apreendido em razão de prisão em flagrante**. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/a-admissao-processual-prova-obtida-sem-ordem-judicial-telefone-celular-apreendido-razao-prisao-flagrante.htm>. Acesso em: 05 fev. 2020.

WALCHER, Guilherme Gehlen. A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio nemo tenetur se detegere à luz da jurisprudência nacional e estrangeira. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html Acesso em: 14 abr. 2020.