

HUM@NÆ

Questões controversas do mundo contemporâneo

n. 17, n. 3

**Direito e Sociedade em um Mundo em Mudança
Reflexões Interdisciplinares**

DADOS NO CELULAR DO ACUSADO: violação ao sigilo telefônico?

Bruno Gomes MACHADO¹

Josemar de Andrade SALES²

RESUMO

Um dos principais problemas do ordenamento jurídico brasileiro é o excesso de direitos a que fazem jus os acusados no processo penal, como o sigilo telefônico e de dados estampado no inciso "XII" do art. 5º da Constituição Federal. Este artigo objetiva demonstrar que o celular que o acusado deixou ou esqueceu no local do crime deve fazer parte do exame de corpo de delito de modo que deve ser analisado com o fim de se obter mais informações sobre o crime e sua autoria. Esse tema possui repercussão geral e ainda não foi apreciado pelo STF. Este artigo objetiva também valorar o interesse da sociedade frente aos direitos fundamentais do acusado e estabelecer os limites do direito fundamental da inviolabilidade do sigilo das comunicações, privacidade e intimidade do acusado. Para elaborar esse artigo, foram utilizadas fontes como: a Constituição Federal; leis infraconstitucionais; doutrina; a jurisprudência acerca do direito processual penal e constitucional e artigos científicos sobre o assunto. O presente tema foi escolhido por causa da sua atualidade no STF e porque é de repercussão geral, pelo que após a decisão do supremo tribunal federal haverá significativas mudanças no processo penal.

Palavras Chave: 1 Celular do acusado; 2 Sigilo telefônico; 3 Interesse social; 4 Direitos fundamentais; 5 Corpo de delito

ABSTRACT

One of the main problems of the Brazilian legal system is the excess of rights to which accuseds are entitled in criminal proceedings, such as the telephone and data confidentiality stamped in item "XII" of art. 5 of the Federal Constitution. This article aims to demonstrate that the cell phone that the accused left or forgot at the scene of the crime should be part of the examination of the body of crime so that it should be analyzed in order to obtain more information about the crime and its authorship. This topic has general repercussions and has not yet been appreciated by the Supreme Court. This article also aims to assess the interest of society in the face of the fundamental rights of the accused and establish the limits of the fundamental right of the inviolability of the secrecy of communications, privacy and intimacy of the accused. To elaborate this article, sources were used as: the federal

¹ Bacharel em Direito, E-mail: bruno_amicus7@yahoo.com.br

² Graduado em Direito pela Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino. Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa. E-mail: jandrade2005@globocom.com

constitution; infraconstitutional laws; doctrine; jurisprudence on criminal and constitutional procedural law and scientific articles on the subject. The present theme was chosen because of its relevance in the STF and because it is of general repercussion, so that after the decision of the Federal Supreme Court there will be significant changes in the criminal process.

Keywords: 1 Criminal cell phone; 2 Telephone confidentiality; 3 Social Interest; 4 fundamental rights; 5 Corps of crime

1. Introdução

Os altos níveis de criminalidade que já aterrorizavam o país aumentaram após a crise econômica iniciada em meados de 2014 e se arrasta até os dias atuais. Dessa forma, aumentaram os assaltos. Em 2016, a média foi de um roubo por minuto (AMÂNCIO, 2017).

Mesmo diante de tanta criminalidade a Constituição Federal confere vários direitos aos acusados, como o direito: de sigilo das comunicações telefônicas e de dados; ao silêncio; de aguardar o julgamento em liberdade; de não comparecer a audiência; de mentir, dentre outros. O excesso de direitos que tutelam os acusados, como o do sigilo telefônico, muitas vezes, serve de obstáculo para o deslinde de crimes e a realização da justiça, o que acaba por conferir mais direitos ao acusado do que para a sociedade.

Dessa forma, esse excesso de direitos acaba por prejudicar a aplicação da lei, o andamento do processo penal e a consecução da justiça, pois o sigilo telefônico não pode servir de escudo para que os dados achados no celular do acusado não sejam usados como prova no inquérito policial e na instrução processual penal.

Os objetivos gerais do presente artigo são: valorar o interesse da sociedade frente aos direitos fundamentais do acusado e estabelecer os limites do direito fundamental da inviolabilidade do sigilo das comunicações, privacidade e intimidade do acusado.

E tem por objetivo específico desenvolver a interpretação de que o celular que o acusado deixou ou esqueceu no local do crime deve fazer parte do exame de corpo de delito de modo que deve ser analisado com o fim de se obter mais informações sobre o crime e sua autoria.

A problemática ora apresentada consisti em aplicar ou não o direito fundamental ao sigilo de dados telefônicos do acusado quando a polícia já sabe a

sua identidade física, e o seu celular ou dispositivo de comunicação são deixados ou esquecidos no local do crime.

Diante disso, a dúvida que surge é se os dados telefônicos do acusado podem ser violados em razão da relatividade dos direitos fundamentais, pelo princípio da proporcionalidade, da busca da verdade real e da segurança da sociedade quando a polícia já sabe a sua identidade física, e o seu celular ou dispositivo de comunicação são deixados ou esquecidos no local do crime.

O presente tema foi escolhido porquanto não é pacífico na doutrina e jurisprudência e por estar na pauta de julgamentos do STF para o corrente ano.

No que concerne aos procedimentos metodológicos foram realizadas análises qualitativas de dados através da pesquisa bibliográfica em fontes primárias como: legislação vigente e artigos disponibilizados na internet, e como técnica secundária foi utilizada: pesquisa, leitura e análise de livros, periódicos e jurisprudências acerca do assunto.

Este trabalho tem a introdução no seu capítulo um. No segundo capítulo, o direito ao sigilo de dados, insculpido no art. 5º "XII" da CF/88, será exposto juntamente com os direitos fundamentais da privacidade e intimidade. No capítulo três, o assunto tratado é a relatividade dos direitos fundamentais porquanto, por vezes, é mister sopesar uns em detrimento de outros com o auxílio do princípio da proporcionalidade. O quarto e principal capítulo trata da hipótese levantada mencionando a doutrina e jurisprudência pertinentes. Nos capítulos cinco e seis estão a conclusão e as referências respectivamente.

2. O DIREITO AO SIGILO DE DADOS.

É quase que inconcebível que no estado democrático de direito as autoridades, a polícia, ou até mesmo uma pessoa viole o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas de outrem apenas por determinados elementos de ordem subjetiva.

E para proteger tal direito do cidadão, a Carta da República veda tal prática, exceto em caso de ordem judicial. Caso contrário, aquele que tiver seu sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas lesado, pode propor na justiça a devida ação indenizatória ou reparatória.

Sob esse enfoque, o art. 5º inciso "XII" da Constituição Federal preconiza que:

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 (art. 5º "XII" CF/88);

No que diz respeito a regra normativa constitucional mencionada acima, esclarece Novelino, que:

A quebra do sigilo de dados consiste no acesso a informações privilegiadas referentes a transações financeiras (dados bancários), ou prestados ao fisco por contribuintes (dados fiscais), ou constantes dos registros das operadoras de telefonia (dados telefônicos) ou, ainda, contidas em arquivos eletrônicos (dados informáticos) (NOVELINO, 2017, p. 350).

Aqui é necessário separarmos o sigilo para uma melhor análise. Inicialmente, podemos afirmar que os sigilos das correspondências, comunicações telegráficas ou mesmo de dados que por definição são invioláveis não podem ser entendidos como absolutos (inviolabilidade absoluta). Nesses termos, conforme a doutrina majoritária, não havendo a existência de direitos e garantias fundamentais absolutos, esses direitos podem ser afastados (violados) em regra por ordem judicial (FERNANDES, 2017, p. 489).

A norma do citado dispositivo constitucional visa tutelar os direitos à intimidade e privacidade daqueles que são residentes e dos que estão de passagem no país.

Apenas por curiosidade, para muitos constitucionalistas, ainda, é possível tratar uma distinção entre direito à privacidade e direito à intimidade. O primeiro é o direito à vida privada, no qual se estabelecem os relacionamentos familiares, de lazer, negócios, amorosos etc. Já a intimidade seria um núcleo ainda menor, que perpassa e protege relações mais íntimas ou pessoas. Se no primeiro as relações pessoais devem ser ocultadas do público (preservadas), no segundo temos uma proteção até mesmo contra atos das pessoas mais próximas a nós (CARVALHO, 2005).

A redação do artigo mencionado pode gerar dúvidas uma vez que o sigilo de telecomunicações pode ser quebrado por ordem judicial ordenando a interceptação telefônica. Mas esta não se confunde com a quebra do sigilo de dados.

Isso porquanto a definição de interceptação telefônica é na concepção de Tassara Júnior:

A Interceptação telefônica em sentido estrito é a captação da conversa realizada por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, e a escuta telefônica é a captação da conversa, feita por um terceiro, com o consentimento de apenas um dos interlocutores (TASSARA JÚNIOR, 2010).

As interceptações telefônicas não podem ser confundidas com o procedimento de apreensão do aparelho celular e a subsequente análise dos registros constantes no aparelho, uma vez que a interceptação pressupõe a intervenção de uma terceira pessoa (SANNINI NETO, 2015). Nesse diapasão, insta colacionar o acórdão a seguir do Superior tribunal de justiça, para quem a quebra do sigilo de dados não é o mesmo que quebrar o sigilo telefônico, nestes termos:

O fato de ter sido verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos dois celulares apreendidos em poder do co-réu, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, não configura quebra do sigilo telefônico, pois não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas, no tocante à lista geral das chamadas originadas e recebidas, tampouco conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio destas linhas. Ademais, consoante o disposto no art. 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal, é dever da autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada" (HC 66368; Rel. Min Gilson Dipp).

Sendo assim, os dados do celular do acusado, que foi esquecido e apreendido no local do crime, devem fazer parte do corpo de delito para que o princípio da verdade real seja obedecido e aplicado, pois o fim da *legis* é prender o acusado e fazer justiça não gerando impunidades. Nesse sentido é a concepção a seguir:

Com todo respeito às opiniões em sentido contrário, mas não nos parece que a adoção desse procedimento durante a investigação criminal ofenda o direito à intimidade, não estando sujeito, destarte, a cláusula de reserva de jurisdição (SANNINI NETO, 2015).

Fica claro, portanto, que apreensão de aparelho celular e o acesso aos seus registros não tem qualquer relação com o procedimento de interceptação telefônica, sendo dispensada a autorização judicial nessas situações (SANNINI NETO, 2015).

3. A relatividade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são aqueles mais importantes que o indivíduo pode ter para a sua existência de modo digno, como o direito à: vida, liberdade, propriedade, segurança, igualdade, ao sigilo de dados telefônicos, dentre outros. Esses direitos objetivam proteger o cidadão da ingerência estatal, porém nenhum direito fundamental é absoluto.

Como já foi declarado, a doutrina e a jurisprudência divergem muito quanto ao caráter absoluto do direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e de dados. Por isso, o Supremo tribunal federal está com o assunto em pauta para decidir em 2018.

Com relação ao sigilo de dados insculpido no art. 5º "XII", conta o seguinte enxerto:

Os direitos individuais devem ceder em face de interesses mais abrangentes, que repercutem em toda a sociedade. Assim, a própria norma constitucional, in fine, prevê exceção à exigibilidade do sigilo dos dados acima mencionados (VERÍSSIMO, 2012).

É importante lembrar que nem o direito mais valioso do ordenamento jurídico pátrio que é a vida é absoluto. Isso porque o art. 5º "XLVII" da Constituição Federal afirma que: "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX" (Art. 84 "XIX" CF/88).

E o já mencionado art. 84 afirma que:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional (Art. 84 "XIX" CF/88).

O entendimento contemporâneo nos direitos fundamentais, ainda mais quando tomados como valores, representa uma leitura relativista. Isto é, os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso e de modo relativo (ou limitado) (FERNANDES, 2017, p. 350).

Existem duas teorias, às quais são maciçamente reportadas na doutrina, que dispõem sobre a restrição dos direitos fundamentais. Sobre elas, afirma Novellino que:

Com relação aos direitos fundamentais e sua restrição, existem duas teorias: a interna e a externa. Para a teoria interna, os direitos fundamentais cuja restrição não seja expressamente autorizada pela Constituição não podem ser “objeto de autênticas limitações (restrições) legislativas”. (...) Para a teoria externa, as restrições não atingem o conteúdo abstratamente considerado, mas apenas o seu exercício no caso concreto (NOVELINO, 2017, p. 296).

As ideias de restrição, de sopesamento e de proporcionalidade presentes na teoria dos princípios do jurista Robert Alexy estão intimamente ligadas à teoria externa e ao modelo do suporte fático amplo. A teoria externa pressupõe a distinção entre direito provisório (*prima facie*) e definitivo, como a adotada na teoria dos princípios. Na definição de Alexy (2008b), os princípios, enquanto “mandamento de otimização”, consagram um direito provisório restringível por outras normas em sentido oposto. Sob esse prisma, a determinação do direito definitivo somente é possível à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto e após a ponderação entre os princípios colidentes ou a aplicação das regras do postulado da proporcionalidade (NOVELINO, 2017, p. 297).

Com relação ao princípio da proporcionalidade, é mister por a concepção de Alexy, para quem:

A proporcionalidade em sentido estrito corresponde à “lei material do sopesamento”, segundo a qual “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008b).

Isso quer dizer que a restrição dos direitos fundamentais deve ser feita levando-se em consideração o princípio da proporcionalidade. No caso da quebra do sigilo de dados do celular, que foi deixado ou esquecido no local do crime, do acusado, o interesse público e social que é a prisão do acusado, deve preponderar sobre o direito ao sigilo de dados do meliante. Quanto a isso, é importante colacionar o seguinte acórdão:

O Estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (STF, Tribunal pleno. MS nº 23.452/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. J. 16/09/99. DJ 12/05/00).

A finalidade precípua do Estado de direito é buscar o interesse público e proporcionar o bem comum para a maior parte das pessoas. Os direitos fundamentais foram criados para proteger o indivíduo das indevidas ingerências estatais e para evitar ilegalidades. Entretanto, esses não possuem o objetivo de proteger os interesses de pessoas escusas em detrimento da sociedade. Nesse sentido, o julgado a seguir:

De fato, se a regra é a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o que visa, em última análise, a resguardar também o direito constitucional à intimidade (art. 5º, X), somente se justifica a sua mitigação quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstram a conveniência de sua violação para fins de promover a investigação criminal ou instrução processual penal (STF, HC nº 96.056/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 28/06/11).

Desta feita, não é plausível conferir a inviolabilidade absoluta ao sigilo das comunicações telefônicas e de dados porquanto não todos os crimes deixam vestígios sendo pois necessário que os dados de celular deixado ou esquecido no local do crime, pelo acusado, sejam usados como prova para o deslinde do crime tendo em vista o princípio da busca da verdade real e do interesse da segurança social.

4. DADOS NO CELULAR DO ACUSADO: VIOLAÇÃO AO SIGILO TELEFÔNICO?

O fato que deu origem ao presente artigo ocorreu no Rio de Janeiro. Na ocasião, o acusado abordou e agrediu uma mulher que saía de uma agência bancária para roubar sua bolsa. E ao fugir, com seu comparsa, numa motocicleta, um aparelho celular caiu e foi pego por policiais civis, que encontraram na memória do aparelho fotos que ajudaram a realização das diligências que resultaram na sua identificação e prisão no dia seguinte.

A dúvida que surge é se há possibilidade de uso do celular, que foi deixado ou esquecido no local do crime, do acusado, pela polícia, para identificar o mesmo e seu comparsa. Nesse ensejo, insta mencionar Fernandes: “A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é da “comunicação de dados” e não dos “dados em si mesmos”, ainda quando armazenados em computador” (FERNANDES, 2017, p. 490).

Ora, os celulares da atualidade são capazes de fazer vários tipos de tarefas, como: redigir textos, gravar áudios e vídeos, enviar e-mails, tirar fotos e impressões etc., o que faz desses dispositivos verdadeiros computadores portáteis. Quanto a isso, merece realce o seguinte comentário:

O Supremo Tribunal Federal vem consagrando a exegese do bom senso, da boa técnica interpretativa e do interesse público. Admitir-se que a autorização constitucional refira-se apenas às comunicações telefônicas, impossibilitando o acesso aos dados, constituiria-se em grave afronta a um dos mais mezinhos princípios jurídicos, qual seja, aquele que celebra a inexistência de liberdades individuais absolutas, sobretudo quando elas se prestam à salvaguarda da prática de atos ilícitos, e como tais, sempre contrários aos interesses da sociedade (NIGRI, 2017).

Feitas essas colocações, lembramos que em diversas situações o aparelho de telefone celular é utilizado como um instrumento para a prática de crimes. É comum que líderes de facções criminosos, por exemplo, determine o assassinato de alguma pessoa de dentro do sistema penitenciário, valendo-se, para tanto, de um telefone celular. Do mesmo modo, é cediço que o uso desse aparelho é essencial para o tráfico de drogas, possibilitando a comunicação entre os traficantes e viabilizando o comércio ilícito (SANNINI NETO, 2015).

É necessário que os dados do celular no caso *sub examem* sejam usados pela polícia para desvendar a identidade dos acusados, pois uma vez que estes delinquem, é mister que percam certos direitos para que a segurança social seja feita, para que a justiça seja feita, porquanto os direitos fundamentais não podem ser gozados com o objetivo de esconder a prática de crimes.

Ao viver em sociedade é mister que o indivíduo contribua para o bem-estar de outrem não causando perturbação nem lesando os direitos dos demais. Quanto a isso, o art. 29 da Declaração universal dos direitos humanos:

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas (Art. 29 DUDH/1948).

Contudo, o posicionamento do Superior tribunal de justiça é em sentido contrário, ou seja, de sempre se precisar de ordem judicial para quebrar o sigilo de dados do acusado. Vejamos a ementa do julgado:

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. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016).

Existem exceções ao sigilo das comunicações telefônicas e de dados, como a possibilidade de quebra de sigilo bancário por CPIs ou mesmo a possibilidade de quebra de sigilo de correspondência de forma excepcional por razões que dizem respeito à segurança de cunho público. O exemplo típico é a possibilidade de violação da correspondência de presidiário (em virtude do seu uso de forma ilícita, para violar outros direitos fundamentais) por ato motivado do diretor da prisão (FERNANDES, 2017, p.489).

Com finalidade similar à da violação de dados telefônicos do acusado consta também a quebra de sigilo de correspondência de presidiário.

No caso, foi possível a violação da correspondência de presidiário, pois havia forte suspeita, o que foi verdadeiramente atestada haja vista que alguns presidiários estavam com o plano de evadir e sequestrar um juiz.

Não se trata aqui de meras suposições destituídas de suporte fático idôneo e indícios concretos, mas sim de fato em que o crime ocorreu e de necessidade de identificação e prisão de seus autores.

O que se quer aqui consignar é que o sigilo de dados do celular do acusado pode ser afastado no caso em que o aparelho foi deixado no local do crime. Nesse caso, embora não haja certeza da identidade documental, há certeza da identidade física do acusado.

Até porque não faria sentido se a polícia colhesse, no local do crime, o celular do acusado e o devolvesse ao mesmo, ou esperasse um mandado judicial. Daria tempo suficiente para o acusado fugir. Se o indivíduo pratica crime, seu direito

fundamental à privacidade não pode ter o condão de livrá-lo de sua responsabilidade penal. Não fosse assim, a incolumidade pública restaria sempre prejudicada.

Em situação totalmente diferente, se não há indícios de materialidade e autoria do sujeito, quando há apenas suspeita e não certeza pelo menos da identidade física da pessoa, é óbvio que a polícia não pode violar o sigilo de dados do celular do investigado. Nesse caso sim a polícia precisaria requerer um mandado judicial para a quebra do sigilo de dados.

A essa altura, se faz necessário fazer a distinção dos termos acusado e investigado. O primeiro diz respeito àquele cuja autoria de crime já foi constatada. O segundo é o indivíduo que está sendo alvo de inquérito.

Esse artigo diz respeito ao acusado: àquele cuja autoria de crime já foi constatada. Esse sim pode ter seus dados violado para que a polícia o identifique documentalmente e proceda a sua prisão e a de seus partícipes.

O juiz deve se valer do princípio da proporcionalidade ao analisar cada caso sopesando as normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo de dados e a necessidade da realização da justiça e da segurança e do bem-estar da sociedade.

O bem jurídico mais valioso é a incolumidade da sociedade e não privacidade ou intimidade de uma só pessoa, ainda mais quando esta praticou crime e como se isso já não bastasse, ainda invoca os direitos fundamentais de sigilo de dados, privacidade e intimidade em sua defesa.

Não se está aqui falando que o sigilo de dados sempre deve ser quebrado em prol da segurança da sociedade. É óbvio que isso seria um nefasto retrocesso para os direitos e garantias individuais e para o Estado de direito.

Todavia, é logicamente plausível a quebra desse sigilo no caso em que o acusado deixa ou esquece, no local do crime, provas de sua autoria. A situação aqui é diferente, pois há certeza do crime, mas não há de sua autoria. E não há que se falar na ilicitude dessas provas, quanto a isso, o *decisum* a seguir:

"Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da

comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material probatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º (HC 91867; Rel. Min. Gilmar Mendes).

O Código de processo penal afirma em seu art. 6º o que o delegado de polícia deve fazer logo após a ocorrência de um crime, ao dispor:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (Art. 6º CPP);

O artigo mencionado lastreia regra no sentido de que a autoridade policial deve apreender os objetos que tenham relação com o fato e esclarecer o mesmo.

Por isso, é necessário que os dados do celular, que foi deixado ou esquecido no local do crime, do acusado, sejam usados nas investigações pela polícia, para identificar o mesmo e seu comparsa, e que os mesmos sejam utilizados também na instrução processual penal.

Se o acusado esqueceu ou deixou o celular no local do crime, é óbvio que o aparelho se transforma em elemento do corpo de delito, e deve ser examinado. Nesse sentido, afirma Sannini Neto que:

Pode-se afirmar que nessas situações o aparelho celular constitui corpo de delito, sendo dever do Delegado de Polícia apreendê-lo e submetê-lo ao exame pericial, onde serão constatados os vestígios do crime. Não há que se falar, nesses casos, em quebra do sigilo telefônico, uma vez que a verificação dos registros contidos no aparelho é feita de maneira direta, mediante procedimento legalmente previsto (busca e apreensão),

independentemente de requerimento à empresa telefônica responsável pela linha (SANNINI NETO, 2015).

A palavra corpo não significa necessariamente o corpo de uma pessoa. Significa sim o conjunto de vestígios sensíveis que o delito deixa para trás, estando seu conceito ligado à própria materialidade e autoria do delito (LIMA, 2016, p.461).

Não se pode deixar de usar os dados do celular, que foi deixado ou esquecido no local do crime, pelo acusado, no exame de corpo de delito, porque o acusado possui o direito do art. 5º "XII" da CF/88 (sigilo das comunicações e de dados), pois tal medida estaria em detrimento da segurança e do bem estar da sociedade. Nesse ensejo, é mister juntar o acórdão a seguir:

Esse é o posicionamento do Supremo tribunal federal. Embasado no princípio da convivência entre liberdades, a corte concluiu que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica. Essas limitações visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre eles. Evita-se, assim, que um direito ou garantia seja exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (BULOS, 2015, p. 534-535).

Com isso, é possível concluir que os dados no celular que o acusado deixou ou esqueceu no local do crime não são protegidos pelo sigilo telefônico e de dados do art. 5º "XII", e por isso devem fazer parte do exame de corpo de delito, inquérito policial e da instrução processual penal.

Assim, o direito ao sigilo das comunicações telefônicas e de dados: não pode servir de escudo para livrar o acusado porquanto a justiça é o principal fim não apenas da lei, mas do Estado; porque a incolumidade da sociedade deve prevalecer perante os direitos ao sigilo de dados, privacidade e intimidade do acusado; porque o celular deixado ou esquecido pelo acusado no local do crime deve fazer parte do corpo de delito sendo submetido ao respectivo exame para posteriormente integrar a ação penal; e porque o uso desses dados pela polícia não se confunde com a interceptação telefônica, que necessita de autorização judicial, auxílio de empresa de telecomunicações e desconhecimento de locutor e interlocutor da conversa grampeada. Dessa forma, a polícia pode colher dados no celular deixado ou esquecido pelo acusado no local do crime para descobrir a identidade do mesmo e efetuar a prisão.

Considerações

O presente artigo teve por objetivos desenvolver um estudo acerca do direito ao sigilo de comunicações telefônicas e de dados e se esse direito fundamental alcança o celular deixado ou esquecido pelo acusado no local do crime.

A elaboração desse trabalho foi feita a partir da legislação, doutrina e jurisprudência acerca do direito constitucional e processual penal pertinentes à relatividade do direito fundamental do sigilo de dados do art. 5º "XII" da Carta da República de 1988.

Os referenciais teóricos do presente trabalho foram as obras "Investigação criminal e os dados obtidos de aparelhos de celular apreendidos" de Francisco Sannini Neto e o "Curso de direito constitucional" de Bernardo Gonçalves Fernandes porquanto foram de fundamental importância para o desenvolvimento desse artigo.

Foi constatado que o direito ao sigilo de dados é um direito fundamental previsto no art. 5º "XII" da Constituição Federal de 1988, que visa resguardar a privacidade e intimidade do particular frente as ingerências do Estado. Entretanto, tal direito não pode servir de escudo para a ocultação e prática de crimes.

Também foi verificado que nenhum direito fundamental é absoluto, pois o caso concreto e o princípio da proporcionalidade vão exigir um juízo axiológico para se alcançar a justiça aplicável ao caso; e que o interesse da segurança social deve prevalecer perante o interesse de um particular, mormente quando se sabe que o mesmo, ao praticar um crime, infligiu a incolumidade pública.

O Supremo Tribunal Federal vai julgar no ano de 2018 um caso no qual dois motoqueiros agrediram e roubaram a bolsa de uma mulher que saía de uma agência bancária. O caso foi submetido à apreciação da corte porquanto o questionamento é saber se o direito constitucional do sigilo de dados alcança o celular deixado ou esquecido pelo acusado no local do crime, uma vez que a polícia o usou para identificar os acusados e prendê-los, fato que veio a acontecer.

Sendo ainda demonstrado que o uso de dados do celular do acusado é apenas o acesso às informações que estão ali armazenadas, o que não se confunde com a interceptação telefônica, que necessita de autorização judicial, auxílio de uma

empresa de telefonia e grampeamento das conversas, sem a ciência de locutor e interlocutor, para a sua realização.

Assim sendo, o uso, pela polícia, dos dados do celular deixado ou esquecido pelos acusados no local do crime para a identificação dos mesmos, não colide com os direitos ao sigilo de dados, privacidade e intimidade do art 5º "XII" da Constituição Federal, porquanto: o aparelho celular faz parte do corpo de delito, devendo ser usado no deslinde do crime; o uso, pela polícia, dos dados do celular deixado ou esquecido pelos acusados no local do crime não se confunde com a interceptação telefônica, e por conseguinte não viola a cláusula de reserva de jurisdição; nenhum direito fundamental é absoluto e sim relativos, devendo ser sopesados pelo princípio da proporcionalidade; o interesse da incolumidade da sociedade deve preponderar perante o direito de um acusado de crime e porque nenhum direito fundamental pode ser invocado para acobertar práticas ilícitas.

Referências

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. Editora Rideel. 3ª Edição. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros.

BRASIL, **Constituição da república** federativa do. de 05 de outubro de 1988.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941 (Código de processo penal).

BRENTANO, Alexandre. **O conceito de direitos fundamentais**. 2013. Conteúdo jurídico.com. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-conceito-de-direitos-fundamentais,45548.html>>. Acesso em: Mai 2018.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 9ª Edição. 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey. 11ª Edição. 2005.

Corpo de Delito. Direitonet.com. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1135/Corpo-de-delito>>. Acesso em: Mai 2018.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Unicef.org. Art. 29. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: Mai 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm. 9ª Edição. 2017.

FISCHER, Rôney. **Direitos fundamentais: Conceito, história, características**. Jurisway.org. 2017. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18678>. Acesso em: Mai 2018.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528>. Acesso em maio 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Editora Saraiva. 13ª Edição. 2009.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. Salvador: Ed. Jus Podivm. 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito constitucional interpretado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. Editora Saraiva. 8ª Edição. 2013.

NIGRI, Tânia. **Sigilo protege a comunicação, e não os dados em si**. 2007. Consultor jurídico.com. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-mar-26/sigilo_protege_comunicacao_nao_dados_si?pagina=3>. Acesso em: Mai 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus podivm. 12ª Edição. 2017.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Editora Método. 9ª Edição. 2012.

SANNINI NETO, Francisco. **Investigação criminal e os dados obtidos de aparelhos de celular apreendidos**. Jus brasil.com. 2015. Disponível em: <<https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/198265766/investigacao-criminal-e-os-dados-obtidos-de-aparelhos-de-celular-apreendidos>>. Acesso em: Mai 2018.

TASSARA JÚNIOR, Waldemar Antonio. **Interceptação telefônica a luz do ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Lei 9296/96**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7129>. Acesso em maio 2018.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. **Aspectos jurídicos do princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações**. Jus.com. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21651/aspectos-juridicos-do-principio-da-inviolabilidade-do-sigilo-das-comunicacoes>>. Acesso em: Mai 2018.