

# O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DE DADOS TELEFÔNICOS E TELEMÁTICOS E AS GERAÇÕES DE PROVAS

JEAN CARLOS FALCÃO MANOSSO

 **Atena**  
Editora  
Ano 2023

# O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DE DADOS TELEFÔNICOS E TELEMÁTICOS E AS GERAÇÕES DE PROVAS

JEAN CARLOS FALCÃO MANOSSO

 **Atena**  
Editora  
Ano 2023

**Editora chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Editora executiva**

Natalia Oliveira

**Assistente editorial**

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto gráfico**

Camila Alves de Cremo

Ellen Andressa Kubisty

Luiza Alves Batista

Nataly Evilin Gayde

Thamires Camili Gayde

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2023 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2023 Os autores

Copyright da edição © 2023 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena

Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial**

**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora  
 Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa  
 Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade de Coimbra  
 Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
 Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais  
 Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília  
 Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí  
 Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
 Profª Drª Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso  
 Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
 Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
 Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
 Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
 Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
 Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
 Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
 Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
 Profª Drª Geuciane Felipe Guerim Fernandes – Universidade Estadual de Londrina  
 Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
 Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná  
 Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
 Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco  
 Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
 Prof. Dr. Jodeyson Islony de Lima Sobrinho – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
 Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México  
 Profª Drª Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso  
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
 Profª Drª Kátia Farias Antero – Faculdade Maurício de Nassau  
 Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná  
 Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
 Profª Drª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre  
 Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais  
 Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
 Profª Drª Marianne Moura Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande  
 Profª Drª Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia  
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
 Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
 Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso  
 Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás  
 Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
 Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
 Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
 Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
 Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Federal da Bahia /  
Universidade de Coimbra

Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de  
Janeiro

Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

## O direito fundamental à privacidade de dados telefônicos e telemáticos e as gerações de provas

**Diagramação:** Camila Alves de Cremo  
**Correção:** Maiara Ferreira  
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga  
**Revisão:** O autor  
**Autor:** Jean Carlos Falcão Manosso

<b>Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)</b>	
M285	<p>Manosso, Jean Carlos Falcão  O direito fundamental à privacidade de dados telefônicos e telemáticos e as gerações de provas / Jean Carlos Falcão Manosso. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.</p> <p>Formato: PDF  Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader  Modo de acesso: World Wide Web  Inclui bibliografia  ISBN 978-65-258-2071-2  DOI: <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.712231011">https://doi.org/10.22533/at.ed.712231011</a></p> <p>1. Legislação sobre proteção de dados pessoais. I. Manosso, Jean Carlos Falcão. II. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDD 343.09981</p>
<b>Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166</b>	

**Atena Editora**  
Ponta Grossa – Paraná – Brasil  
Telefone: +55 (42) 3323-5493  
[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
contato@atenaeditora.com.br

## DECLARAÇÃO DO AUTOR

O autor desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao texto publicado; 2. Declara que participou ativamente da construção do respectivo manuscrito, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do texto ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão; 3. Certifica que o texto publicado está completamente isento de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autoriza a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

## DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

*Deus nos concede, a cada dia, uma página de vida nova no livro do tempo.  
Aquilo que colocarmos nela, corre por nossa conta. (Chico Xavier)*

Tema que tem destaque ímpar na ciência processual penal é o relativo às provas. E não poderia ser diferente, pois é por meio da atividade probatória que haverá a reconstrução dos fatos, permitindo, assim, o juízo de subsunção que se estabelece entre fato e norma. Destaca-se, nesse ponto, que o direito probatório está em constante evolução na ciência processual penal, especialmente em virtude da tecnologia, que possui potencial aptidão de violação da esfera da privacidade, tornando-se fundamental a atualização de seu estudo.

Dessarte, como é cediço em âmbito doutrinário, a atividade probatória não pode ser considerada como uma atividade ilimitada e irracional, mas limitada pela própria ordem constitucional possuidora de força normativa, notadamente porque não se pode olvidar da necessidade de tutela de outros interesses configuradores de direitos fundamentais e que também merecem proteção por parte do Estado. Para fins da presente obra, será ressaltada a importância do direito fundamental à privacidade.

Nessa senda, o presente trabalho não prescinde da análise das gerações de provas, nominadas a partir dos precedentes *Olmstead*, *Katz* e *Kyllo*, em razão de sua íntima ligação ao direito fundamental à privacidade e os meios extraordinários de obtenção de provas por meio de tecnologia não disseminada no meio comum das pessoas.

Entrementes, instaurou-se o debate sobre a necessidade ou não de autorização judicial para a obtenção das aludidas provas, especialmente na hipótese de extração de dados e de conversas em aparelhos celulares, tudo a evidenciar a importância ímpar que o presente tema possui para a ciência processual penal.

<b>RESUMO .....</b>	<b>1</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>3</b>
<b>PROVA.....</b>	<b>4</b>
CONCEITO E OBJETO DA PROVA: DELIMITAÇÃO TEÓRICA DO TEMA.....	4
A IMPORTÂNCIA E A FINALIDADE DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NA CIÊNCIA PROCESSUAL PENAL.....	5
OS MEIOS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS E TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO .....	6
<b>AS GERAÇÕES DE PROVAS (TRILOGIA OLMSTEAD-KATZ-KYLLO) E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE .....</b>	<b>9</b>
<b>A POSSIBILIDADE DE EXTRAÇÃO DE DADOS E DE CONVERSAS EM APARELHOS CELULARES E A CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO.....</b>	<b>13</b>
ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DOS DADOS TELEFÔNICOS E SEU ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL .....	13
POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO CONSTITUCIONALMENTE FUNDAMENTADA.....	24
<b>AS GERAÇÕES DE PROVAS E A CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO. O POSICIONAMENTO DAS CORTES SUPERIORES.....</b>	<b>31</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>48</b>
<b>SOBRE O AUTOR .....</b>	<b>52</b>

# RESUMO

## O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DE DADOS TELEFÔNICOS E TELEMÁTICOS E AS GERAÇÕES DE PROVAS

O direito probatório está em constante evolução na ciência processual penal, tornando-se fundamental a atualização de seu estudo. Nesse ínterim, a presente obra abordará, por meio de pesquisa doutrinária específica no assunto, a evolução teórica das gerações de provas, a partir dos precedentes que as originaram, *Olmstead*, *Katz* e *Kyllo*, julgados pela Suprema Corte norte-americana. Conforme será analisado, os precedentes estão diretamente relacionados ao gradativo avanço da tecnologia na obtenção de meios de provas e a necessidade de se observar a cláusula de reserva de jurisdição, haja vista o potencial conflito que se pode estabelecer com o direito à privacidade. Imperioso, assim, proceder ao estudo dos precedentes, vinculados ao âmbito de proteção do direito à privacidade. Após, examina-se a necessidade de autorização judicial para a extração de dados e conversas em aparelhos celulares e a evolução jurisprudencial pátria a respeito do tema. Como resultados obtidos tem-se que, apesar da controvérsia que se estabelece a respeito da possibilidade de inervação no âmbito de proteção do direito à privacidade, em virtude do avanço tecnológico, com a possibilidade de extração de dados e de conversas em aparelhos celulares, prevalece no âmbito doutrinário e jurisprudencial o entendimento pela sua admissibilidade. Além disso, em regra, há necessidade de submissão à cláusula de reserva de jurisdição, ressalvas hipóteses excepcionais, consoante entendimento jurisprudencial. Ressalta-se, ainda, que parcela da doutrina, de maneira contrária ao âmbito do direito à privacidade, advoga pela desnecessidade de autorização judicial, quando utilizado o direito à privacidade do sigilo de conversação para empreitada criminosa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso de dados telefônicos. Cláusula de reserva de jurisdição. Gerações de provas. Trilogia *Olmstead-Katz-Kyllo*.

# ABSTRACT

## THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY OF TELEPHONE AND TELEMATIC DATA AND GENERATIONS OF EVIDENCE

The law of evidence is constantly evolving in criminal procedural science, making it essential to update its study. In the meantime, this work will address, through specific doctrinal research on the subject, the theoretical evolution of generations of evidence, based on the precedents that originated them, Olmstead, Katz and Kyllo, judged by the North American Supreme Court. As will be analyzed, the precedents are directly related to the gradual advancement of technology in obtaining means of evidence and the need to observe the jurisdiction reservation clause, given the potential conflict that can be established with the right to privacy. It is therefore imperative to study the precedents, linked to the scope of protection of the right to privacy. Afterwards, the need for judicial authorization for the extraction of data and conversations on cell phones and the evolution of Brazilian jurisprudence regarding the topic are examined. The results obtained show that, despite the controversy that arises regarding the possibility of winterization within the scope of protecting the right to privacy, due to technological advances, with the possibility of extracting data and conversations on cell phones, it prevails in the doctrinal and jurisprudential scope, the understanding of its admissibility. Furthermore, as a rule, there is a need to submit to the jurisdiction reservation clause, except in exceptional cases, depending on jurisprudential understanding. It should also be noted that part of the doctrine, contrary to the scope of the right to privacy, advocates the unnecessary need for judicial authorization, when the right to privacy of conversation secrecy is used for a criminal enterprise.

**KEYWORDS:** Telephone data access. Jurisdiction reservation clause. Generations of evidence. Olmstead-Katz-Kyllo Trilogy.

# INTRODUÇÃO

Tema que sempre teve destaque ímpar na ciência processual penal é o relativo às provas. Isso porque é por meio da atividade probatória que haverá a reconstrução dos fatos passados, permitindo, assim, o correto juízo de subsunção do fato à norma.

Destarte, como é cediço em âmbito doutrinário, a atividade probatória não pode ser analisada como uma atividade ilimitada e irracional, tal como ocorreu no juízo das ordálias<sup>1</sup>, mas limitada pela própria ordem constitucional possuidora de força normativa<sup>2</sup>.

É em razão do entrave que se estabelece entre o interesse estatal na atividade probatória, aliada à busca da verdade processual, e os direitos e garantias fundamentais, notadamente o direito à privacidade, que a presente obra ganha seu fundamento.

Ressalta-se que o presente trabalho não prescinde da análise das gerações de provas, nominadas a partir dos precedentes *Olmstead*, *Katz* e *Kyllo*, em razão de sua íntima ligação ao direito fundamental à privacidade e os meios extraordinários de obtenção de provas por meio de tecnologia não disseminada no meio comum das pessoas. Nesse sentido, instaurou-se o debate sobre a necessidade ou não de autorização judicial para a obtenção das aludidas provas, especialmente na hipótese de extração de dados e de conversas em aparelhos celulares.

Portanto, o presente trabalho objetiva analisar a (des) necessidade de autorização judicial para extração de dados e de conversas em aparelhos celulares, tendo como plano de fundo, a proteção do direito fundamental à privacidade e as gerações de provas, utilizando-se, para tanto, do método dedutivo e da documentação indireta bibliográfica, subsidiada pela pesquisa doutrinária e jurisprudencial, sob o enfoque jurídico técnico.

---

1 “A palavra ordália, deriva do latim ‘*ordalium*,’ com plural em ‘*ordália*’, significa, etimologicamente, prova miraculosa de aplicação típica durante a idade média, sendo também reconhecida, em vernáculo, na sua grafia ‘ordália’, encontrando ainda frequente sinonímia no vocábulo ‘Juízo de Deus.’ Juridicamente, entretanto, significa julgamento, equiparada no latim medieval à *iudicium, paribile indicium purgatio, probatio, examinatio* etc. [...]”. MORAES, José Rubens de. **Sociedade e Verdade** – evolução histórica da prova. 2018, 505 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 62.

2 Segundo Konrad Hesse: “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, p. 22-23.

# PROVA

Indispensável para a compreensão do presente artigo, torna-se fundamental o estudo da conceituação doutrinária da atividade probatória. Além disso, para a delimitação do tema, procede-se ao exame do objeto que recairá a atividade probatória, além das técnicas especiais de investigação à disposição do Estado. Outrossim, não se pode olvidar da importância e da finalidade que a atividade probatória possui na ciência processual penal, que também será objeto de estudo neste primeiro capítulo.

## 1 | CONCEITO E OBJETO DA PROVA: DELIMITAÇÃO TEÓRICA DO TEMA

De início, destaca-se que há vários conceitos doutrinários a respeito do que vem a ser 'prova'. Assevera-se, no entanto, que o termo prova tem a origem etimológica de *probo* e deriva do latim *probatio*, que, por sua vez, significa: verificação, exame, inspeção, aprovação ou confirmação.<sup>1</sup>

Confirmando a premissa, segundo o magistério de Hélio Tornaghi, a palavra prova é usualmente empregada em vários sentidos, ora como atividade probatória, isto é, como o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz, ora como resultado dessa atividade, com o objetivo de formar a convicção do órgão julgador e, ainda, como qualquer elemento de informação, tal como dispõe o art. 6º, inciso III, do Código de Processo Penal.<sup>2</sup> Além dessas acepções, para o doutrinador, a palavra prova pode se referir aos meios de provas, a exemplo da prova testemunhal, prova indiciária e a prova documental.<sup>3</sup>

Assinalando-se o conceito e, concomitantemente, a finalidade que a prova se dirige, Aury Lopes Júnior assevera que as provas são os meios pelos quais se farão a reconstrução de um fato passado, não sendo, assim, as normas jurídicas, em regra, o seu objeto.<sup>4</sup>

Destaca-se, nesse viés, o magistério de Giuseppe Bettiol e Rodolfo Bettiol: "Objetos da prova são, antes de tudo, os fatos que se referem à imputação para a punibilidade e à determinação da pena ou da medida de segurança."<sup>5</sup>

Porém, ressalta-se que, para parte da doutrina, o objeto da prova não seriam os fatos passados, uma vez que não seria possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu. Para essa doutrina, o objeto da prova seria, conforme as palavras de Renato Brasileiro de Lima "[...] a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo."<sup>6</sup>

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 605.

2 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 265.

3 *Ibid.*, p. 266.

4 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 549.

5 BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de Direito e Processo Penal**. Tradução de Almilcare Carletti. 1ª ed. São Paulo: Pilhares, 2008, p. 210.

6 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 610.

Dessarte, a doutrina<sup>7</sup> afirma que estão excluídas de sua atividade os fatos axiomáticos, os fatos notórios, as presunções legais e os fatos inúteis.

Em breve síntese, segundo a doutrina: a) fatos axiomáticos: são aqueles fatos evidentes, as verdades axiomáticas do mundo do conhecimento; b) fatos notórios: são aqueles de conhecimento público geral, sendo os fatos inseridos na cultura normal e própria de determinada esfera social no tempo em que ocorrer a decisão; c) fatos inúteis ou irrelevantes: são os que não interessam a decisão da causa; d) presunções legais: são as afirmações feitas pela lei de que um fato é existente ou verdadeiro, independente de prova, podendo ser de presunção absoluta – *ius et de iure* – não admitindo prova em contrário e relativa – *ius tantum* – admitindo prova em sentido contrário à presunção.<sup>8</sup>

Mencione-se, por fim, que para ser considerada prova no processo penal é imprescindível o respeito ao contraditório, conforme determina o art. 155 do Código de Processo Penal, ressalvadas, conforme determina o artigo, as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Expostos os vários conceitos doutrinários a respeito do vocábulo ‘prova’, bem como o objeto que recairá sua atividade, é imperioso proceder pela análise da importância da atividade probatória e debruçar sobre sua finalidade.

## 21 A IMPORTÂNCIA E A FINALIDADE DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NA CIÊNCIA PROCESSUAL PENAL

Para um juízo correto de subsunção dos fatos à norma jurídica, imprescindível é a produção de provas, uma vez que é por meio delas que haverá a reconstrução dos fatos.<sup>9</sup> Já era esse o entendimento tradicional de Francesco Carnelutti extraído de sua clássica obra ‘As Misérias do Processo Penal’:

As provas servem, exatamente, pra voltar atrás, ou seja, pra fazer, ou melhor, para reconstruir a história. Como faz quem, tendo caminhado através dos campos, tem que percorrer em retrocesso o mesmo caminho? Segue os rastros e sua passagem.<sup>10</sup>

A importância do tema ‘prova’ para a ciência processual penal é ressaltada pela doutrina processual penal, pois sua produção no processo atinge de maneira inexorável a vida das pessoas, o que a torna fundamental para a busca da decisão mais justa possível.<sup>11</sup>

Destacando a importância da atividade probatória, já era o magistério de Cesare Beccaria “Aqui está um teorema geral, que pode ser de muita utilidade para calcular a certeza de um fato e, sobretudo, o valor que têm os indícios de um delito.”<sup>12</sup>

7 AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: método, 2016, p. 271.

8 AVENA, Norberto. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: método, 2016, p. 271.

9 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 549.

10 CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3. ed. 2. triagem. São Paulo: Edijur, 2015, p. 46.

11 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 448.

12 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 7 ed. São Paulo: Martin Claret,

Outrossim, há doutrinadores que afirmam ser a atividade probatória destinada, não apenas em auxiliar na busca de uma decisão mais justa, mas também, e de forma preponderante, na obtenção do consenso do grupo em nome do qual ela será proferida, conforme as palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho:

[...] sobressai no probatório judicial o seu caráter social, visto que sua finalidade não está limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente à obtenção do consenso do grupo em nome do qual será proferida a decisão.<sup>13</sup>

Destaca-se, portanto, que a prova teria por finalidade de convencer o juiz a respeito da verdade de um fato incontroverso, buscando-se, assim, a verdade processual, vale dizer, a verdade alcançável ou possível.<sup>14</sup>

Nesse sentido, dos ensinamentos expostos, vislumbra-se ser a prova destinada a convencer o órgão dotado de jurisdição a respeito de um fato passado e incontroverso, tendo por finalidade também, conforme a corrente capitaneada por Antônio Magalhães Gomes Filho, a obtenção do consenso do grupo do qual será prolatada a decisão.

### 31 OS MEIOS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS E TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

De início, convém ressaltar a distinção doutrinária, com reflexos práticos, entre fonte de prova, meio de prova e meio de obtenção de prova.

Fonte de prova é designada para indicar as pessoas ou coisas das quais se conseguem a prova, podendo ser fontes pessoais (v.g., ofendido, peritos, acusado) ou fontes reais (v.g., documentos).<sup>15</sup> Por outro lado, os meios de prova são os instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo, ou seja, tratam-se de uma atividade endoprocessual.<sup>16</sup> Por fim, os meios de obtenção de prova, “[...] referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais), regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz (vg., policiais)”.<sup>17</sup>

Segundo aponta a doutrina majoritária, a inobservância do modelo típico dos ‘meios de obtenção de provas’, gera como consequência o reconhecimento de sua ilicitude, com consequente desentranhamento do processo, uma vez que há violação de normas relativas a direito material, não se operando, assim, a mesma consequência nos ‘meios de prova’, pois sua inobservância é referente às normas de direito processual, sendo regida, portanto,

---

2013, p. 25.

13 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 348.

15 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 611.

16 LIMA, *loc cit.*

17 *Ibid.*, p. 612.

pela teoria das nulidades.<sup>18</sup>

Nesse sentido, é o escólio doutrinário de Renato Brasileiro de Lima:

[...] quando o art. 157, *caput*, do CPP, faz menção a normas legais, deve-se interpretar o dispositivo de maneira restritiva, referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico das teorias das nulidades.<sup>19</sup>

Traçando a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, Paulo Rangel ensina:

*A prova ilícita* é a violadora do direito material. Seja porque a norma proíbe aquele tipo de prova (tortura por exemplo), seja porque permite, mas desde que se cumpra com o que a norma exige (mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio). *A prova ilegítima* é aquela que é proibida pelo direito processual (depoimento do padre contra sua vontade). *A prova irregular* é aquela que é colhida com desrespeito às formalidades legais existentes, não obstante permitida por lei (expedição de mandado sem o fim da diligência; depoimento de testemunha-parente sem a advertência de que não está compromissada a dizer a verdade).<sup>20</sup>

Todavia, impende destacar que Guilherme de Souza Nucci<sup>21</sup> e Fernando Capez<sup>22</sup> posicionam-se pela inexistência de distinção. Para Fernando Capez:

[...] mencione-se que as provas ilícitas passaram a ser disciplinadas pela Lei n. 11.690/2008, a qual modificou a redação do art. 157 do CPP, dispondo que: 'São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais'. Portanto, a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais.<sup>23</sup>

Todavia, deve-se considerar que o último posicionamento doutrinário é minoritário, ou seja, há distinção no tratamento entre provas ilícitas e ilegítimas.

Ao discorrer sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes ensina que a norma de vedação às provas ilícitas é “[...] uma das ideias básicas que integram o amplo conceito de devido processo legal.”<sup>24</sup> Em seguida, prossegue o doutrinador:

O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade

18 Assim, posiciona-se pela distinção entre as consequências de eventual ilicitude de uma prova colhida com infringência à norma de direito material e a prova colhida com infringência à norma de direito processual: RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007, p. 417-418. Em sentido diverso, não adotando a distinção: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 347.

19 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 611.

20 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007, p. 417-418, grifos do autor.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 347.

22 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 371.

23 CAPEZ, *loc cit*.

24 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 566.

do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, *in fine*), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e à proteção judicial efetiva, entre outros.<sup>25</sup>

Dessarte, é possível verificar que a norma de vedação às provas ilícitas está em estreita consonância com os vários direitos e garantias fundamentais que integram o corpo constitucional, sendo que a obtenção de provas “[...] em contrariedade ao disposto em normas de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal”.<sup>26</sup>

Nesse sentido, assume relevo ímpar analisar os meios de obtenção de provas, especialmente os classificados doutrinariamente em extraordinários, pois, em regra, envolvem o emprego de tecnologia para sua obtenção, podendo haver ofensa ao direito à privacidade e intimidade e, portanto, poderá restar configurada sua ilicitude.

Ato contínuo, segundo a doutrina, os meios de obtenção de provas se subdividem em: ordinários e extraordinários.<sup>27</sup>

Os meios ordinários de obtenção de provas são os previstos não só para a investigação de delitos mais graves, mas também para a investigação de delitos de menor gravidade, porém a forma de execução do delito é diferenciada, por ser escondida sob o manto protetor de bens jurídicos.<sup>28</sup>

Por outro lado, nos meios extraordinários de obtenção de provas, também conhecidos como técnicas especiais de investigação, há o emprego de instrumentos sigilosos postos à disposição da Polícia e dos órgãos de inteligência do Ministério Público, a fim de investigar delitos com maior gravidade, uma vez que se mostram insuficientes para sua apuração as técnicas tradicionais de investigação. Podem, assim, ser identificados por dois elementos, quais sejam, o sigilo e a dissimulação, sendo o contraditório exercido de maneira diferida. Inserem-se nessas técnicas: a interceptação de comunicações telefônicas, a ação controlada e a infiltração policial.<sup>29</sup>

Conforme será visto, as técnicas especiais de investigação estão, em regra, umbilicalmente ligadas ao direito probatório de terceira geração estabelecida no precedente *Kyllo*, uma vez que podem envolver o emprego de alta tecnologia não disseminada no uso comum das pessoas. Em razão disso, é necessário discorrer os precedentes *Olmstead*, *Katz* e *Kyllo*, que deram origem às gerações do direito probatório.

---

25 *Ibid.*, p. 567.

26 BRANCO; MENDES, *loc cit.*

27 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 613.

28 LIMA, *loc cit.*

29 LIMA, *loc cit.*

# AS GERAÇÕES DE PROVAS (TRILOGIA *OLMSTEAD-KATZ-KYLLO*) E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

A classificação das provas em gerações possui sua gênese em três precedentes da Suprema Corte norte-americana e está intimamente ligada à necessidade de se observar a cláusula de reserva de jurisdição para a execução de certos procedimentos invasivos, notadamente ao direito à privacidade.<sup>1</sup> Nesse viés, serão abordados, cronologicamente, os precedentes estabelecidos em *Olmstead, Katz e Kyllo*.

O direito probatório de primeira geração tem sua origem no caso *Olmstead v. United States*, sendo apreciado pela Suprema Corte norte-americana em 1928. Neste caso, sem se submeter à cláusula de reserva de jurisdição, a polícia teria instalado um equipamento para interceptação de comunicações telefônicas, fazendo-o diretamente na fiação da empresa telefônica, ou seja, em via pública.<sup>2</sup>

Ato contínuo, chamada para analisar a licitude da interceptação da conversa, a Corte concluiu não haver ofensa ao direito à privacidade, porquanto não haveria busca no interior da casa de *Olmstead*. Ressaltou, ainda, que a exegese da IV Emenda<sup>3</sup> não poderia dar-se de forma a “(...) ‘alargá-la para além do conceito prático de pessoas, casas, papéis e pertences ou para aplicar buscas e apreensões de forma a proibir escutar ou observar.’”<sup>4</sup>

Nesse sentido, cunhou-se de ‘teoria proprietária’ ou ‘trespass theory’, pois a proteção constitucional estender-se-ia apenas para áreas tangíveis e demarcadas, ou seja, a interpretação constitucional seria para proteger coisas, objetos e lugares.<sup>5</sup>

Não obstante, de modo a conferir maior proteção ao direito à privacidade, alterando o seu entendimento inicial, a Suprema Corte norte-americana decidiu, em 1967, no caso *Katz v. United States*, que a proteção ao direito fundamental abrangeria não apenas bens tangíveis, mas também a gravação de declarações orais.

Nesse caso, a prova da prática do crime foi obtida pela polícia por meio da instalação de um dispositivo de gravação externamente à cabine de telefone público, utilizada pelo investigado para prática de apostas ilegais<sup>6</sup>. Porém, como a cabine telefônica era pública,

---

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 771.

2 LIMA, *loc cit*.

3 Eis a redação da IV emenda: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. (O direito das pessoas de serem seguras em suas pessoas, casas, papéis e efeitos, contra buscas e apreensões irracionais, não deve ser violado e nenhum Mandado emitido, mas por causa provável, apoiada por Juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas). United States. Constitution of the United States: 1787. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2020. Tradução nossa.

4 KNIJNIK. Danilo. A trilogia *Olmstead-Katz-Kyllo*: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**. Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 77-96, out. 2014, p. 85

5 KNIJNIK, *loc cit*.

6 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 507.

não haveria, assim, invasão ou ingresso em propriedade privada. Fosse simplesmente aplicado o precedente *Olmstead v. United States*, a prova poderia ser reputada como lícita, visto que nenhum ‘trespass,’ invasão ou ingresso teria sido perpetrado pelos oficiais em propriedade ou espaços do acusado e, ainda assim, a voz do interlocutor, que também não era uma coisa, fora apreendida. Nesse sentido, foi o entendimento do Tribunal de Apelação, asseverando-se que à luz da teoria proprietária não houve nenhuma violação à IV Emenda, pois inexistente qualquer ingresso físico na área ocupada pelo acusado.<sup>7</sup>

Chamada para analisar a legalidade da colheita da prova, a Suprema Corte, no entanto, assentou a ilegalidade do modo de sua obtenção. Isso porque aplicou-se o entendimento que, embora o indivíduo estivesse de uma cabine telefônica, teria ele o direito à proteção da intimidade a partir do momento em que fechou a porta atrás de si e pagou pela chamada telefônica. Teria ele, pois, legítima expectativa de proteção à sua intimidade.<sup>8</sup>

Deve-se destacar que no precedente *Katz* a análise da violação da privacidade partiu de uma dupla perspectiva, - duplo teste da teoria *private searches*<sup>9</sup> - tanto sob o ponto de vista do indivíduo, quanto da sociedade: expectativa subjetiva de privacidade – refere-se na opinião do indivíduo de que possui, naquela situação, expectativa; expectativa objetiva de privacidade – refere-se na expectativa de privacidade reconhecida pela sociedade.<sup>10</sup>

Para elucidar melhor o duplo teste, cita-se o exemplo de Danilo Knijnik:

Com base em tais critérios, por exemplo, afastou-se a arguição de ilicitude de prova consistente em voo rasante sobre o jardim da residência do investigado, que acabou por comprovar, mediante utilização de câmaras sofisticadas, o cultivo de *cannabis sativa*. Embora existente uma expectativa do sujeito de não ser bisbilhotado do ar, fato é que a sociedade não reconhece uma proibição dos passageiros de uma aeronave de contemplarem a paisagem e, se for o caso, constatarem detalhes importantes da vida de terceiros.<sup>11</sup>

Assim, há uma ampliação no âmbito do direito à expectativa da privacidade, migrando-se da teoria proprietária, para a teoria da proteção constitucional integral, com uma nova interpretação à IV emenda constitucional, conforme sustenta Danilo Knijnik “Nessa transição *Olmstead-Katz*, o âmbito de proteção constitucional, como visto, migrou de coisas, lugares e pertences para pessoas e suas expectativas de privacidade”.<sup>12</sup>

Não obstante, com o avanço da tecnologia, onipresente na vida cotidiana, a qual, inevitavelmente, terá seu potencial intrusivo sobre direitos fundamentais, fez-se necessária

7 KNIJNIK, Danilo. A trilogia *Olmstead-Katz-Kyllo*: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 77-96, out. 2014, p. 85.

8 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de direito processual penal*: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 772.

9 Fixada após o caso *Hester v. United State* (1924), decidiu-se que não haveria violação à expectativa de privacidade, quando a busca e apreensão fosse realizada fora da propriedade do acusado, de modo a conferir maior proteção à privacidade, a teoria buscou fixar padrões para que se reconheça em quais hipóteses estaria o particular autorizado à efetuar buscas sem autorização judicial, a fim de ser estendida essa possibilidade ao Estado. A teoria, assim, foi mais bem elaborada em *Katz*, por meio do duplo teste da privacidade. DEZEM, *op cit*, p. 506.

10 *Ibid.*, p. 507.

11 KNIJNIK, Danilo. A trilogia *Olmstead-Katz-Kyllo*: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 76-96, out. 2014, p. 87.

12 KNIJNIK, *loc cit*.

uma revisão jurisprudencial até então fixada no caso *Katz*. Foi em razão disso que, no ano de 2001, no caso *Kyllo*, a Suprema Corte norte-americana, avançando seu entendimento, decidiu que deveria haver um maior controle em relação à atuação estatal na obtenção de provas frente às novas tecnologias.<sup>13</sup>

O caso concreto versa sobre a desconfiança de agentes policiais sobre o cultivo de maconha no interior da residência de *Danny Kyllo*, porém, *in casu*, não havia elementos probatórios suficientes aptos para autorizar uma busca domiciliar na residência do suspeito. Sabedores, no entanto, que o cultivo da droga demanda a utilização de lâmpadas de alta intensidade, os policiais utilizaram de equipamento de alta captação térmica para que pudesse ser monitorado, via pública, a emanção de calor. Assim, não se invadiria o interior da residência, tampouco se espionaria o local. Com base nisso, obteve-se evidências suficientes para a busca domiciliar, resultando, por conseguinte, várias apreensões das plantas de *cannabis sativa L.*<sup>14</sup>

Se analisado o caso sob a ótica do precedente *Katz*, a prova poderia ser reputada válida, ainda que sem autorização judicial, pois, além de não haver invasão no domicílio de *Kyllo*, ele não havia manifestado qualquer pretensão à sua privacidade, já que nada fizera para impedir a emissão do calor.<sup>15</sup> Foi nesse sentido o julgamento em primeiro e segundo grau de jurisdição, com a seguinte fundamentação, afirmando que o 'Agema 210' - recurso tecnológico -, era:

[...] um recurso não invasivo, que não emite raios ou sinais, mostrando uma imagem visualmente bruta do calor sendo irradiado para fora da casa; não mostra qualquer pessoa ou atividades dentro das paredes da estrutura; não pode penetrar pelas paredes ou janelas, para revelar conversações ou atividades humanas; nenhum detalhe íntimo da casa é observado.<sup>16</sup>

Não obstante, deixando o precedente de lado e reformando a decisão do Tribunal, o entendimento exarado pela Suprema Corte foi no sentido de que os avanços tecnológicos sobre a materialidade das coisas não poderiam limitar o âmbito de incidência do direito fundamental à intimidade, notadamente quando se utiliza de dispositivo, sem autorização judicial, que não é de uso público em geral.<sup>17</sup>

Assim, deve-se ressaltar que nem todo o uso de tecnologia como meio de obtenção de provas se sujeitará à cláusula de reserva de jurisdição, mas, tão somente, quando a tecnologia não está no uso geral do público.<sup>18</sup> Portanto, se o órgão de persecução penal

---

13 KNIJNIK, *loc cit.*

14 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 772.

15 LIMA, *loc cit.*

16 THUESON, Sean D. *Apud* KNIJNIK. Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**. Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 77-96, out. 2014, p. p. 88.

17 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 772-773.

18 BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**. Goiás, v. 21, n.32, p. 9-30, jul./dez. 2016, p. 21.

pretender utilizar um tipo de tecnologia não disseminada no uso geral do público, como meio de obtenção de provas, segundo a *ratio* adotada em *Kyllo*, deve obter uma autorização judicial.<sup>19</sup>

Porém, ressalta-se que a decisão não é indene a críticas, pois não objetivou o que vem a ser uma tecnologia que está disseminada pelo uso geral. Assim, conforme sustenta Danilo Knijnik “[...] a proteção tenderia, no limite, a dissipar-se, uma vez que ‘o equipamento se popularizasse perante a sociedade’, o que seria contraditório, pois, dessa forma, tudo seria admissível a partir de então [...]”.<sup>20</sup>

Por fim, sustenta a doutrina a necessidade da compatibilização do direito fundamental previsto no art. 5º, XII, da Constituição Federal com o direito probatório de terceira geração, a fim de se evitar que a tecnologia restrinja direitos fundamentais.<sup>21</sup>

Assim, conforme se observa a partir dos três precedentes, houve uma gradativa proteção do direito fundamental à privacidade, iniciando-se com a proteção de áreas tangíveis e demarcadas - precedente *Olmstead* -, após, com uma proteção integral, abrangendo também a gravação de declarações orais - precedente *Katz* -, para, por fim, haver uma maior proteção referente à obtenção de provas por meio de recursos tecnológicos invasivos.

---

19 KNIJNIK. *op cit.*, p. 93.

20 *Ibid.*, p. 94.

21 *Ibid.*, p. 96.

# A POSSIBILIDADE DE EXTRAÇÃO DE DADOS E DE CONVERSAS EM APARELHOS CELULARES E A CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO

No direito pátrio, a garantia do sigilo das comunicações telefônicas está consagrada no art. 5º, XII, da Constituição Federal, que também é uma garantia do direito fundamental à privacidade.<sup>1</sup> Nesse sentido, faz-se necessária uma análise aprofundada da lei 9.296/1996, que, apesar de regulamentar o procedimento da interceptação telefônica para fins de investigação ou instrução processual penal, é objeto de inúmeras controvérsias doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de extração de dados e conversas em aplicativos de aparelhos celulares e, sendo possível, ainda há controvérsia sobre a necessidade de submissão à cláusula de reserva de jurisdição.

## 1 | ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DOS DADOS TELEFÔNICOS E SEU ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

Saber sobre o enquadramento constitucional da garantia que veda o acesso aos dados telefônicos e telemáticos é de suma importância, não apenas teórica, mas também prática.

Com efeito, a depender da derivação constitucional da vedação ao acesso a dados telefônicos e telemáticos, vale dizer, se se trata de garantia decorrente da norma prevista no art. 5, inciso XII, da Constituição Federal, ou da norma prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Isso porque se reconhecida sua catalogação em relação à norma prevista no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, poder-se-ia sustentar a incidência da Lei nº 9.296/1996, que rege as interceptações telefônicas, sobre o meio de obtenção de provas, com inúmeras consequências teóricas e práticas.

Com efeito, a questão não possui apenas relevância acadêmica, mas também há inúmeras consequências práticas em reconhecer ou não a incidência da quebra de dados telefônicos no âmbito de proteção da lei de interceptação telefônica. Nessa linha, entendendo-se pela sua incidência, deverão ser observadas diversas questões, como, por exemplo, a possibilidade de quebra de dados telefônicos em apenas em determinados crimes, considerados de catálogo pela jurisprudência, eis que, nesse caso, apenas em crimes puníveis com reclusão a medida cautelar poderia surtir efeitos. Com efeito, apenas determinados crimes estão sujeitos à hipótese autorizadora da interceptação telefônica, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

É lícita a utilização de informações obtidas por intermédio de interceptação

---

<sup>1</sup> NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 360.

telefônica para se apurar delito diverso daquele que deu ensejo a essa diligência, (...) sendo incontestável o reconhecimento da licitude da prova encontrada **quando o fato desvelado fortuitamente se encontre entre os chamados ‘crimes de catálogo’ – isto é, entre aqueles para a investigação dos quais se permite autorizar a interceptação telefônica”, o que efetivamente é o caso dos autos.**<sup>2</sup>

Demais disso, há incidência de um todo um procedimento após a autorização da interceptação telefônica, como, por exemplo, a necessidade de observância do prazo de seis meses da medida, sendo que, ultrapassado tal prazo, a prova pode ser reputada como ilícita.

Sendo assim, necessária a análise do enquadramento constitucional da garantia que assegura a privacidade dos dados telefônicos.

Nessa senda, importante consignar o posicionamento antigo do Supremo Tribunal Federal que entendia pela incidência do direito à inviolabilidade de dados no manto da incidência do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal<sup>3</sup>

Todavia, o entendimento prevalente é o de que a proibição de acesso de dados telefônicos não está abrangida no âmbito de proteção do direito fundamental previsto no art. 5, inciso XII, da Constituição Federal, mas é decorrente do direito fundamental previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que consagra o direito fundamental à privacidade e intimidade, ao prever, como seu âmbito de proteção<sup>4</sup>: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

Com efeito, o âmbito de proteção do direito fundamental à privacidade compreende a permissão do indivíduo de conduzir a própria vida da maneira que lhe aprouver, sem a intromissão ou curiosidade de terceiras pessoas<sup>5</sup>, ou seja, típica garantia que abarca o direito de evitar o acesso de dados telefônicas por parte de terceiras pessoas e do próprio Estado.

Nesse sentido, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça decidindo que, após a apreensão do aparelho celular, deve a autoridade judicial requerer a quebra do sigilo de conversação, ainda que não haja subsunção ao regramento da lei 9.296/1996, tudo em consonância com o direito fundamental à privacidade e intimidade. Nesse sentido, colaciona-se o posicionamento do Tribunal:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO E

---

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 100524**, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 24-05-2012 PUBLIC 25-05-2012). disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=100524&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=100524&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 24/10/2023.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 461.366/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 13 out. 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2325138>. Acesso em: 24 de outubro de 2023.

4 O âmbito de proteção deve compreender qualquer ação, estado, fato ou posição, ou seja, não se exclui *prima facie* qualquer conduta do âmbito de proteção (NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 282).

5 NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 385).

QUADRILHA. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. **Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp).** 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ. 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos<sup>6</sup>

Com efeito, entende o Superior Tribunal de Justiça que o acesso ao conteúdo armazenado em telefone celular ou *smartphone*, quando determinada por meio da cautelar de busca e apreensão destes aparelhos, não ofende o art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, porquanto o sigilo a que se refere o aludido preceito constitucional é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos:

PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO "LAVA-JATO". MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. APREENSÃO DE APARELHOS DE TELEFONE CELULAR. **LEI 9296/96.**

**OFENSA AO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA QUE NÃO SE SUBORDINA AOS DITAMES DA LEI 9296/96. ACESSO AO CONTEÚDO DE MENSAGENS ARQUIVADAS NO APARELHO.** POSSIBILIDADE. LICITUDE DA PROVA. RECURSO DESPROVIDO. I - **A obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei 9296/96.** II - **O acesso ao conteúdo armazenado em telefone celular ou smartphone, quando determinada judicialmente a busca e apreensão destes aparelhos, não ofende o art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, porquanto o sigilo a que se refere o aludido preceito constitucional é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos.** III - Não há nulidade quando a decisão que determina a busca e apreensão está suficientemente fundamentada, como ocorre na espécie. IV - Na pressuposição da ordem de apreensão de aparelho celular ou smartphone está o acesso aos dados que neles estejam

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 89.981/MG**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, 05 dez. 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=89981&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 26 out. 2019, grifos não contêm no original.

armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida irrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal. V - Hipótese em que, demais disso, a decisão judicial expressamente determinou o acesso aos dados armazenados nos aparelhos eventualmente apreendidos, robustecendo o alvitre quanto à licitude da prova. Recurso desprovido.7

No entanto, deve-se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela incidência da lei 9.296/1996, em caso de captação de fluxo de conversas do aplicativo *BlackBerry*, eis que se trata, segundo o Tribunal, de um aplicativo destinado ao tráfego de informações que integra o rol de sistemas de informática e telemática, gênero contemplado pela Lei n. 9.296/1996. Nessa senda, posicionou-se o Tribunal:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO DELIVERY. CORRUPÇÃO ATIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES PARA A DECRETAÇÃO DA MEDIDA. MEDIDA PROSPECTIVA. NÃO EVIDENCIADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E TELEFÔNICO. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO INDIVIDUALIZADA DA MEDIDA. INDICAÇÃO DO MODUS OPERANDI DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. INCIDÊNCIA DA LEI N. 9.296/1996. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. TRATADO DE ASSISTÊNCIA MÚTUA EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E CANADÁ. INTERCEPTAÇÃO REALIZADA NO BRASIL. DESNECESSIDADE DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA. CORRUPÇÃO ATIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS ELEMENTOS DO TIPO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTAR DO TIPO PENAL. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL E PERMANENTE. FINALIDADE DE PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAS. IRRELEVÂNCIA DA COMPROVAÇÃO DA EFETIVA PRÁTICA DE OUTROS DELITOS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE QUALQUER DAS ELEMENTARES DO TIPO. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS E QUE NÃO IMPUGNAM OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULAS 283 E 284 DO STF. I - Quanto às aventadas ilegalidades na quebra do sigilo telefônico e telemático, verificou-se que a Defesa não logrou fundamentar adequadamente os seus apontamentos, isso porque o Tribunal de origem consignou, no v. acórdão reprochado, realidade distinta daquela que aponta o recorrente, o que enseja a aplicação da Súmula 284/STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”). II - Não procede a alegação de ausência de individualização das medidas de interceptação, pois, dada a complexidade do feito, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região justificou a medida em razão do modus operandi da organização criminosa. III - **O****

---

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 75.800/PR**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2775800%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2775800%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2775800%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2775800%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 24/10/2023.

**aplicativo BlackBerry Messenger é um modal destinado ao tráfego de informações que integra o rol de sistemas de informática e telemática, gênero contemplado pela Lei n. 9.296/1996 como passível de sujeição à medida invasiva regulamentada pelo normativo, a teor do parágrafo único do seu artigo 1º (“O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”).** Dessa forma, não prospera a aventada violação aos art. 7º, inciso III, da Lei n. 12.965/2014, e arts. 157, § 1º, e 240, § 1º, alínea f, ambos do Código de Processo Penal. Precedentes. IV - Na hipótese dos autos, os serviços telefônicos e telemáticos # por meio dos quais foram realizadas as comunicações interceptadas # encontravam-se ativos no Brasil, por intermédio de operadoras de telefonia estabelecidas no território nacional, independentemente do local de armazenamento do conteúdo das mensagens. V - Assim, em se tratando de matéria submetida à jurisdição brasileira, não é necessária a cooperação jurídica internacional firmada no Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal pela República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá firmaram (Decreto n. 6.747/2009). Precedentes. VI - Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal a quo e rever a correlação entre os fatos narrados na denúncia e a adequação típica trazida pela prova produzida em juízo e declinada na sentença condenatória, como pretende a parte recorrente, demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância (Súmula 7/STJ). VII - De igual sorte, inviável a modificação da conclusão de que o ora agravante prometeu ou ofereceu a vantagem indevida aos funcionários públicos, como pretende a parte recorrente, pois esta decorreu de todo o contexto probatório acostado aos autos, mediante a análise concreta dos pormenores da situação pelo eg. Tribunal de origem (Súmula 7/STJ). VIII - Quanto ao delito de participação em organização criminosa, a Corte a quo concluiu pela existência das elementares do tipo penal previsto no art. 1º, § 1º, e no art. 2º, ambos da Lei n. 12.850/2013, ressaltando ainda que “o fato de não ter sido imputada aos réus, nestes autos, a prática do delito de contrabando, não descaracteriza a tipicidade da conduta ora em análise”. De fato, o que interessa para a tipicidade do delito é que esteja atestado, como no caso está, segundo o entendimento da própria eg. Corte de origem, o vínculo associativo estável e permanente para a prática de infrações penais entre ao menos quatro agentes. Precedentes. IX - Aplica-se o óbice previsto no enunciado n. 283 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal na hipótese em que o recorrente deixa de impugnar especificamente fundamento que, por si só, é suficiente para manter a decisão recorrida. In casu, o agravante não refutou o fundamento acerca da inexistência reconhecimento de qualquer das elementares do tipo para viabilizar a aplicação da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. X - Ademais, não se conhece o apelo nobre quando a deficiência na fundamentação do recurso não permite a exata compreensão da controvérsia (Súmula 284/STF), como no caso, em que as razões do apelo extremo não guardam pertinência com o decidido pelo v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal a quo. Agravo regimental desprovido.<sup>8</sup>

**Já era esse também o entendimento de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:**

Caso haja uma forma de comunicação eletrônica escrita, que ocorra de maneira

---

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n.º. 1.667.283/PR**, Rel. Min. Felix Fisher, Brasília, 04 dez. 2018. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1667283&b=ACOR&the-saurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 out. 2019, grifos não contém no original.

instantânea, - como ocorre com programas de computador, como MSN, *Messenger*, *Skype*, entre outros -, em que o conteúdo da comunicação não permaneça arquivado nos computadores, e sua apreensão seja impossível, passará a ser admissível a interpretação do processo comunicativo. Isso porque, o único meio de produzir a prova será a interceptação da correspondência eletrônica, pelo que a restrição do direito fundamental à liberdade das comunicações telefônicas será adequada e necessária, mesmo que isso implique intromissão no processo comunicante.<sup>9</sup>

Todavia, a despeito de tal entendimento doutrinário, bem como do próprio posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, saliente-se que o Tribunal reafirmou, posteriormente, sua posição pela inaplicabilidade do âmbito de incidência da lei de interceptação telefônica, consoante julgamento que se transcreve:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS. PRAZO DA MEDIDA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. TESTEMUNHO QUE REMETE AO ANO DE 2012. MENÇÃO EXPRESSA NA DECISÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 2. PRAZO EXTENSO. SUPOSTA AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. ESCOLHA ADEQUADA E NECESSÁRIA. FATOS QUE REMONTAM AO ANO DE 2012. 3. **NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO DE 15 DIAS. SITUAÇÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM INTERCEPTAÇÃO. ACESSO A DADOS ARMAZENADOS. NÃO APLICAÇÃO DO PRAZO MENCIONADO.** 4. INCLUSÃO DE NOVO E-MAIL. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO. PRIMEIRA DECISÃO JÁ EXAUSTIVAMENTE MOTIVADA. DESNECESSIDADE DE NOVA E INÉDITA FUNDAMENTAÇÃO. 5. EQUÍVOCO SOBRE A CORRETA TITULARIDADE DO E-MAIL. IRRELEVÂNCIA. CORREIO ELETRÔNICO UTILIZADO PARA NEGÓCIOS ESCUSOS. LEGALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO DE DADOS. CORRETA IDENTIFICAÇÃO DO TITULAR DA CONTA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. 6. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Pela leitura das decisões das instâncias ordinárias, constata-se que a quebra do sigilo telemático, a partir do ano de 2012, encontra-se devidamente justificada, haja a vista a transcrição do depoimento da testemunha Eduardo Wasum dos Santos, no qual relata que, quando entrou na empresa, em 2012, já pôde observar situações atípicas. Portanto, não há se falar em complementação de fundamentação pelo Tribunal Regional. - O prazo escolhido pelo Magistrado de origem guarda estreita relação com os elementos fáticos e probatórios juntados aos autos até o momento, legitimando assim a quebra do sigilo telemático a partir de 2012. O fato de o magistrado não ter indicado um tópico da decisão apenas para justificar o prazo não tem o condão de invalidar a escolha feita, porquanto amparada em testemunho o qual foi inclusive transcrito na decisão. 2. Não há se falar em ausência de proporcionalidade, uma vez que, sendo indicado pela testemunha que observou situações atípicas, desde a sua entrada na empresa, em 2012, a escolha do prazo revela-se não apenas adequado, mas igualmente necessário, justificando-se sua abrangência em virtude dos indícios de que as ilegalidades remontam ao ano de 2012. 3. **O prazo de 15 dias se refere**

---

<sup>9</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Interceptação de Comunicações Telefônicas e Telemáticas: limites ante o Avanço da Tecnologia, In: CASARA, Rubens Roberto R.; Lima, Joel Correa de (Org.). **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 483-499, p. 493.

**à interceptação das comunicações, em si, e não ao acesso aos dados já armazenados, motivo pelo qual não há se falar em não observância ao prazo legal. De fato, o acesso aos dados já armazenados é realizado com fundamento no contexto fático, devendo abranger o período sob investigação, conforme verificado na presente hipótese.** 4. A inclusão do e-mail “arquivo.doc977@gmail.com” na quebra de sigilo telemático não demandava maior fundamentação, porquanto já exaustivamente motivada a necessidade de investigar o corréu Leonardo Lacava Lopes, conforme se constata pela leitura da primeira decisão de quebra de sigilo. Dessa forma, eventual complementação da investigação, em razão dos elementos descobertos por meio da primeira quebra, não demanda fundamentação nova e inédita, porquanto já motivada a necessidade da investigação e da quebra do sigilo, referente ao investigado Leonardo Lacava Lopes, a quem se atribuía a titularidade do e-mail referido. 5. O fato de o e-mail em comento não ser da titularidade do Leonardo Lacava Lopes não invalida a quebra do sigilo dos seus dados, porquanto efetivamente verificada sua utilização nos fatos em apuração. Por consequência, sendo legítima a quebra do sigilo do mencionado e-mail, tem-se que a descoberta do envolvimento do recorrente se revela igualmente legítima. De fato, “ainda que o investigado não tenha sido referido no decreto judicial autorizador de interceptações telefônicas, apuração criminal iniciada a partir de elementos probatórios acidentais nelas obtidos é juridicamente válida, por se tratar de encontro fortuito de provas (serendipidade)” (HC 497.425/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 26/3/2021). (HC n. 696.962/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 14/3/2022.) - Eventual equívoco quanto à titularidade da conta de e-mail em nada prejudica a diligência, uma vez que a quebra poderia ter sido deferida mesmo sem a identificação prévia de seu titular, inclusive com a finalidade de identificar seu usuário, conforme firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. - “A quebra do sigilo de dados armazenados, de forma autônoma ou associada a outros dados pessoais e informações, não obriga a autoridade judiciária a indicar previamente as pessoas que estão sendo investigadas, até porque o objetivo precípuo dessa medida, na expressiva maioria dos casos, é justamente de proporcionar a identificação do usuário do serviço ou do terminal utilizado”. (RMS n. 61.302/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2020, DJe de 4/9/2020.) 6. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>10</sup>

Por fim, é de relevo registrar que não é possível a realização de interceptação telefônica sobre as mensagens trocadas pelo aplicativo, pois elas são protegidas por criptografia de ponta a ponta.

Com efeito, entende-se por criptografia de ponta a ponta como uma técnica de proteção de dados operada no polo do remetente e no polo do destinatário das mensagens. Entrementes, explica Mariana Coutinho:

“[...] dois tipos de chaves são usados para cada ponta da comunicação, uma chave pública e uma chave privada. As chaves públicas estão disponíveis para as ambas as partes e para qualquer outra pessoa, na verdade, porque todos compartilham suas chaves públicas antes da comunicação. Cada

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC n. 166.881/RS**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022, Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023, grifos não contêm no original.

pessoa possui um par de chaves, que são complementares. [...] O conteúdo só poderá ser descriptografado usando essa chave pública [...]. Essa chave privada é o único elemento que torna impossível para qualquer outro agente descriptografar a mensagem, já que ela não precisa ser compartilhada.”<sup>11</sup>

Com efeito, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que o Direito brasileiro não autoriza, em prejuízo da proteção gerada pela criptografia de ponta a ponta, a qual é benéfico ao exercício da liberdade de expressão, bem como protege o direito à privacidade, que sejam as empresas que fornecem a tecnologia multados por descumprirem ordem judicial incompatível com encriptação. Isso porque considerou que “[...] os benefícios advindos da criptografia de ponta a ponta se sobrepõem às eventuais perdas pela impossibilidade de se coletar os dados das conversas dos usuários da tecnologia”:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. ASTREINTES. POSSIBILIDADE EM ABSTRATO. CRIPTOGRAFIA DE PONTA A PONTA. IMPOSSIBILIDADE FÁTICA, NO CASO CONCRETO, DE CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. RECURSO PROVIDO. 1. A possibilidade de aplicação, em abstrato, da multa cominatória foi reconhecida, por maioria, nesta Terceira Seção (REsp 1.568.445/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/6/2020, DJe 20/8/2020). 2. No caso concreto, porém, há de se fazer uma distinção ou um distinguishing entre o precedente citado e a situação ora em análise. Diversamente do precedente colacionado, a questão posta nestes autos objeto de controvérsia é a alegação, pela empresa que descumpriu a ordem judicial, da impossibilidade técnica de obedecer à determinação do Juízo, haja vista o emprego da criptografia de ponta a ponta. 3. Criptografia de ponta a ponta é a proteção dos dados nas duas extremidades do processo, tanto no polo do remetente quanto no outro polo do destinatário. Nela, há “dois tipos de chaves são usados para cada ponta da comunicação, uma chave pública e uma chave privada. As chaves públicas estão disponíveis para as ambas as partes e para qualquer outra pessoa, na verdade, porque todos compartilham suas chaves públicas antes da comunicação. Cada pessoa possui um par de chaves, que são complementares. [...] O conteúdo só poderá ser descriptografado usando essa chave pública (...) junto à chave privada (...). Essa chave privada é o único elemento que torna impossível para qualquer outro agente descriptografar a mensagem, já que ela não precisa ser compartilhada.” (COUTINHO, Mariana. O que é criptografia de ponta a ponta? Entenda o recurso de privacidade. Tectudo. Disponível em: [br/noticias/2019/06/o-que-e-criptografia-de-ponta-a-ponta-entenda-o-recurso-de-privacidade.ghtml](https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/06/o-que-e-criptografia-de-ponta-a-ponta-entenda-o-recurso-de-privacidade.ghtml). Acesso em: 24 mar. 2020). 4. Não obstante a complexidade técnica, a resposta jurídica deve ser simples e direta: sim, é possível a aplicação da multa, inclusive nessa hipótese; ou, por outro lado, não, a realização do impossível, sob pena de sanção, não encontra guarida na ordem jurídica. Note-se que não há espaço hermenêutico para um meio termo. 5. Em determinado aspecto, a solução parece ser pela negativa: ad impossibilia nemo tenetur, ou seja, ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível. 6. Porém, o Direito, como fruto do intelecto humano e indispensável ao convívio coletivo sadio e com capacidade prospectiva, nem sempre se

---

11 COUTINHO, Mariana. O que é criptografia de ponta a ponta? Entenda o recurso de privacidade. Tectudo. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/06/o-que-e-criptografia-de-ponta-a-ponta-entenda-o-recurso-de-privacidade.ghtml>. Acesso em: 24/10/2023.

contenta com o nexa natural das coisas. Ou seja, a responsabilidade jurídica nem sempre é derivada do raciocínio lógico. Por vezes, faz-se necessário o juízo de valor normativo, a exemplo da figura do garante no Código Penal, que, sem dar causa direta ao resultado típico, responde como se o tivesse (art. 13, §2º, “b”, do CP). 7. Conforme relatado pelo em. Min. Edson Fachin, em seu voto, na ADPF 403, a Ciência corrobora a impossibilidade técnica de se interceptar dados criptografados de ponta a ponta. Realizadas audiências públicas para debate público sobre a matéria: “Um dos especialistas acadêmicos convocados para a audiência, o Professor Anderson Nascimento explicou em linhas gerais em que consiste a criptografia, afirmando que seu objetivo é a garantia da integridade, autenticidade e confidencialidade. Segundo ele, o WhatsApp utiliza a criptografia de chave pública ou assimétrica, onde cada usuário possui duas chaves, uma para cifrar e outra para decifrar. O objetivo de tais sistemas é criar um túnel criptográfico entre os usuários, sendo que as mensagens enviadas e recebidas passam por um servidor que tem a função de estabelecer protocolos de sinalização, descobrir os endereços IPs das partes, auxiliar na troca de chaves, dentre outros. O Professor esclareceu que não é possível a interceptação de mensagens criptografadas do WhatsApp devido à adoção de criptografia forte pelo aplicativo. Explica que esse tipo de criptografia utiliza o Protocolo Signal que, no entendimento da comunidade científica, não possui vulnerabilidade, ou seja, é um protocolo seguro, não podendo ser quebrado. Em relação às alternativas para a interceptação, discorreu o seguinte. Sobre a possibilidade de espelhamento das conversas travadas no aplicativo para outro smartphone ou computador em face de um usuário específico, indicou que seria preciso, para tal intento, que fosse criado um ponto central de falha, o qual, por sua vez, poderia ser utilizado por parte não autorizadas. Quanto à desabilitação da criptografia ponta a ponta de um ou mais usuários específicos, seria preciso modificar o protocolo criptográfico. Destacou, ainda, a existência de outros aplicativos de mensagens que não possuem representação no Brasil e que poderiam ser utilizados pelos usuários, inclusive com a possibilidade de facilmente criptografar as mensagens e, posteriormente, colar tal mensagem no WhatsApp, para enviá-la a outro usuário, de modo que, mesmo que houvesse a interceptação da mensagem pelo WhatsApp, seria impossível descriptá-la. Quanto aos demais instrumentos que podem auxiliar as investigações, aponta a importância da utilização dos metadados e da geolocalização, ressaltando a riqueza de dados a serem explorados pelas autoridades públicas”. 8. Com forte apelo lógico, essa argumentação apresenta-se quase que irrefutável, não fossem as razões jurídicas relacionadas aos deveres e às obrigações derivadas do nexa causal normativo. Entretanto, é importante salientar que a tese contrária à imposição da multa também é prodigiosa em fundamentos jurídicos. 9. Início dizendo que, ao buscar mecanismos de proteção à liberdade de expressão e comunicação privada, por meio da criptografia de ponta a ponta, as empresas estão protegendo direito fundamental, reconhecido expressamente na Carta Magna. A propósito, confira-se interessante reflexão da em. Min. Relatora Rosa Weber, em seu voto na ADI 5527: “Considerações sobre o direito às liberdades de expressão e de comunicação (art. 5º, IX, da CF). Integra o pleno exercício das liberdades de expressão e de comunicação a capacidade das pessoas de escolherem livremente as informações que pretendem compartilhar, as ideias que pretendem discutir, o estilo de linguagem empregado e o meio de comunicação. O conhecimento de que a comunicação é monitorada por terceiros interfere em todos esses elementos componentes

da liberdade de informação: os cidadãos podem mudar o modo de se expressar ou até mesmo absterem-se de falar sobre certos assuntos, no que a doutrina designa por efeito inibitório (*chilling effect*) sobre a liberdade de expressão. Nesse sentido, 'A comunicação desinibida é também uma precondição do desenvolvimento pessoal autônomo. Seres humanos desenvolvem suas personalidades comunicando-se com os demais.' As consequências da ausência dessa precondição em uma sociedade vão desde a desconfiança em relação às instituições sociais, à apatia generalizada e a debilitação da vida intelectual, fazendo de um ambiente em que as atividades de comunicação ocorrem de modo inibido ou tímido, por si só, uma grave restrição à liberdade de expressão. Sob enfoque diverso, considerando que software é linguagem, e como tal, protegido pela liberdade de expressão, indaga-se se compelir o desenvolvimento compulsório de uma aplicação para se implementar a vulnerabilidade desejada, a determinação para a escrita compulsória de um programa de computador não configuraria, ela mesma, uma violação do direito à liberdade de expressão do desenvolvedor? De toda sorte, transformar o Brasil em um país avesso à liberdade de expressão não é o melhor caminho para combater os usos irresponsáveis das ferramentas de comunicação." 10. Ainda nos valendo do valoroso trabalho citado, tem-se a seguinte indagação: de que vale a liberdade de expressão sem o resguardo devido à intimidade privada? A propósito: "Se aos cidadãos não for assegurada uma esfera de intimidade privada, livre de ingerência externa, um lugar onde o pensamento independente e novo possa ser gestado com segurança, de que servirá a liberdade de expressão? O direito à privacidade tem como objeto, na quase poética expressão de Warren e Brandeis, 'a privacidade da vida privada'. O escopo da proteção são os assuntos pessoais, em relação aos quais não se vislumbra interesse público legítimo na sua revelação, e que o indivíduo prefere manter privados. 'É a invasão injustificada da privacidade individual que deve ser reprimida e, tanto quanto possível, prevenida'. Vale observar, ainda, que os maiores desafios contemporâneos à proteção da privacidade nada têm a ver com a imposição de restrições à liberdade de manifestação, enquanto relacionados, isto sim, aos imperativos da segurança nacional e da eficiência do Estado, à proliferação de sistemas de vigilância e à emergência das mídias sociais, juntamente com a manipulação de dados pessoais em redes computacionais por inúmeros, e frequentemente desconhecidos, agentes públicos e privados. Nesse contexto, pertinente, ainda, a contribuição de Alan Westing à doutrina jurídica da privacidade no mundo contemporâneo, ao caracterizar a estrutura desse direito como controle sobre os usos da informação pessoal. Nesse sentido, a privacidade, afirma, 'é a pretensão de indivíduos, grupos ou instituições de determinarem para si quando, como e em que extensão a informação sobre eles será comunicada a outros'. Tal concepção do direito à privacidade está alinhada com o reconhecimento do seu papel social na própria preservação da personalidade e no desenvolvimento da autonomia individual." (Voto da em. Min. Relatora Rosa Weber na ADI 5527). 11. Complementando os fundamentos expostos até aqui, o em. Ministro Edson Fachin, na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 403, traz três balizas necessárias para o exame da questão: "A precisa definição do objeto da arguição permite, de plano, identificar três premissas que emergem da manifestação dos amici curiae e que orientam a presente manifestação. A primeira conclusão é a de que, como atestam os participantes da sociedade civil que participaram da audiência, a demanda pela criptografia é especialmente derivada da proteção que se espera ter da liberdade de expressão em uma sociedade democrática.

A criptografia é, portanto, um meio de se assegurar a proteção de direitos que, em uma sociedade democrática, são essenciais para a vida pública. A segunda é a de que todos os órgãos de Estado, assim como a sociedade civil, reconhecem que a criptografia protege os direitos dos usuários da internet, garantindo a privacidade de suas comunicações, e que, portanto, é do interesse do Estado brasileiro encorajar as empresas e as pessoas a utilizarem a criptografia e manter o ambiente digital com a maior segurança possível para os usuários. Essa premissa é evidenciada tanto pela manifestação dos peritos da Polícia Federal que participaram da audiência pública e quanto da Associação de Magistrados Brasileiros: a internet segura é direito de todos. A terceira é a de que o desafio a esse modelo de proteção da privacidade emerge basicamente de casos como o dos autos, isto é, quando o acesso a mensagens protegidas por criptografia depende da autorização exclusiva do próprio usuário do serviço. Ele também se faz presente na proteção de criptografia que fica disponível para equipamento específicos, como um telefone celular smartphone, ou um computador portátil. Em ambos os casos a preocupação é justificada pelas dificuldades técnicas na apuração de crimes que gravemente violam direitos fundamentais, como, por exemplo, os casos de pornografia infantil e de condutas antidemocráticas, como manifestações xenófobas, racistas e intolerantes, que ameaçam o Estado de Direito. Os órgãos de segurança do Estado ficam, pois, privados de instrumento tido por indispensável - e que é reconhecido como plenamente legítimo em relação às chamadas telefônicas - na solução dessas violações."

12. A partir daí, o Ministro lança a questão: "a partir das premissas aqui indicadas é possível localizar a questão que se afigura chave para enfrentar o mérito desta arguição, qual seja, saber se o risco público representado pelo uso da criptografia justifica a restrição desse direito por meio da imposição de soluções de software, como, por exemplo, a proibição da criptografia ou a criação de canais excepcionais de acesso ou pela diminuição do nível de proteção"? 13. Antes de apresentar sua conclusão, Fachin ressalta a importância do direito à privacidade na internet, cita inclusive, Relatório Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU: "Na linha inaugurada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Conselho de Direitos Humanos aprovou o Relatório Especial sobre o Direito à Liberdade de Expressão na Era Digital. Nele, o Relator Especial David Kaye reconhece que o alcance do direito à privacidade na internet é instrumental para a garantia da liberdade de expressão. O receio da exposição que diminui a riqueza do ambiente plural da internet decorre tanto de ingerências governamentais, quanto da possibilidade de manipulação de dados, diminuindo a própria esfera de autonomia e determinação, ou, nos termos da jurisprudência alemã, diminuindo o direito à autodeterminação informacional". 14. Convém ressaltar que, tanto o Ministro Edson Fachin quanto a Ministra Rosa Weber, ao fim de seus votos, chegam, ambos, à mesma conclusão: o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza, em detrimento da proteção gerada pela criptografia de ponta a ponta, em benefício da liberdade de expressão e do direito à intimidade, sejam os desenvolvedores da tecnologia multados por descumprirem ordem judicial incompatível com encriptação. 15. Após pedido de vista do em. Min. Alexandre de Moraes, porém, ambas as ações constitucionais foram suspensas, aguardando-se, portanto, a matéria a posição definitiva dos demais membros da Corte. 16. Entretanto, não é mais possível esperar. Diante desse estado de coisas, esta Corte de justiça é posta a decidir sobre o tema: é ou não legal aplicar astreintes ao agente econômico que desenvolve e aplica a criptografia de ponta-a-ponta em seus serviços de

comunicação. A vedação ao non liquet, prevista no art. 140 do CPC, nos impede de nos abster. É nosso dever julgar. 17. Por isso, embora chamando atenção para os graves aspectos que neste meu voto inicialmente levantei, curvo-me aos argumentos apresentados pelos em. Ministros Rosa Weber e Edson Fachin, os quais representam, ao menos até a presente altura, o pensamento do Supremo Tribunal Federal na matéria. E, assim, endosso a ponderação de valores realizada pelos aludidos Ministros, que, em seus votos, concluíram que os benefícios advindos da criptografia de ponta a ponta se sobrepõem às eventuais perdas pela impossibilidade de se coletar os dados das conversas dos usuários da tecnologia. 18. Recurso ordinário provido, para afastar a multa aplicada ante a impossibilidade fática, no caso concreto, de cumprimento da ordem judicial, haja vista o emprego da criptografia de ponta-a-ponta.<sup>12</sup>

Sendo assim, para fins práticos e teóricos, deve-se concluir que a proibição de acesso a dados telefônicos decorre da previsão contida no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, norma asseguradora do direito fundamental à privacidade e intimidade. Por conseguinte, não há incidência do regime previsto na Lei nº 9.296/1996 à quebra de dados telefônicos.

## 2 | POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO CONSTITUCIONALMENTE FUNDAMENTADA

Conforme assente na doutrina, nenhum direito fundamental é absoluto, podendo ser relativizado nas hipóteses previstas constitucionalmente ou nas hipóteses de conflitos, *in concreto*, entre direitos fundamentais.

Conforme visto outrora, o direito à privacidade de dados telefônicos decore do direito fundamental previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que, assim, dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Interpretando-se literalmente o dispositivo constitucional transcrito, poder-se-ia concluir que o sigilo de dados teria natureza absoluta, pois não há nenhuma ressalva, ou seja, reserva legal qualificada importa pelo legislador para a restrição do direito fundamental.

Esse é o entendimento, inclusive, de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, pelo qual, ao interpretar o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, sustenta que a exceção contida na norma constitucional não abrange a transmissão de dados, ou seja, abrange tão somente a interceptação das comunicações telefônicas. A justificativa, que é seguida por Vicente Greco Filho, é de que a garantia do sigilo e, portanto, do direito à privacidade, é a regra, e a interceptação a exceção.<sup>13</sup>

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS n. 60.531/RO**, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 9/12/2020, DJe de 17/12/2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27ROMS%27.clas.+e+@num=%2760531%27\)+ou+\(%27RMS%27+adj+%2760531%27\).sucj.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27ROMS%27.clas.+e+@num=%2760531%27)+ou+(%27RMS%27+adj+%2760531%27).sucj.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 24/10/2023.

13 GRINOVER, Ada Pellegrini.; FERNANDES, Antônio Scarance.; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades**

Porém, não é esse o entendimento prevalente na doutrina e jurisprudência. Segundo Renato Brasileiro de Lima “[...] apesar do art. 5º, XII, da Constituição Federal ressaltar apenas a interceptação das comunicações telefônicas, não se deve compreender que o sigilo de dados tenha natureza absoluta”.<sup>14</sup>

Nesse sentido, poderia haver a quebra de dados telefônicos, desde que existente a justa causa, prevalecendo-se o interesse público na investigação em detrimento da intimidade do indivíduo.<sup>15</sup>

Portanto, segundo esse entendimento, deve-se abranger na expressão, não apenas a comunicação que empregue a via telefônica, mas também a transmissão de dados. Se assim não fosse, segundo o saudoso professor Damásio de Jesus, “[...] bastaria para burlar a permissão constitucional ‘digital’ e não ‘falar.’”<sup>16</sup>

Outrossim, **insta salientar que os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas.** Nesse sentido, importante consideração é feita pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] está muito em voga, hodiernamente, a utilização ad argumentandum tantum, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destróem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas<sup>17</sup>

E não poderia ser diferente, pois, segundo a melhor dogmática de direitos fundamentais, há possibilidade de intervenção sobre o âmbito de proteção do direito fundamental, consistente na possibilidade de acesso ao conteúdo das comunicações pretéritas, desde que constitucionalmente fundamentada.

Sendo assim, é possível a intervenção no direito fundamental, configurando a modalidade chamada pela doutrina de restrição<sup>18</sup> ao âmbito de proteção, eis que se trataria de uma conduta lícita. Ao contrário, não sendo constitucionalmente fundamentada, tratar-se-ia de intervenção na modalidade violação, sendo uma atividade ilícita.

Logo, a própria Constituição Federal deixa claro que não existem direitos e garantias fundamentais com caráter absoluto, podendo haver sua relativização, inclusive por normas constitucionais, legais e diante do próprio caso concreto, em virtude da colisão entre princípios consagradores de direitos fundamentais, sempre que existir a necessidade de

---

**no Processo Penal.** 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171; GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica.** São Paulo: Saraiva, 1996, p. 17.

14 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal:** volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 776.

15 LIMA. *Loc cit.*

16 JESUS, Damásio de. **Interceptação das comunicações telefônicas** – notas à lei 9.296 de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 458-473.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª T., RHC nº 2.777-0/RJ, Rel. Min. Pedro Aciole, Ementário 08/721. disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/574363>. Acesso em: 24/10/2023.

18 NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 280.

preservar outro bem jurídico, que também esteja amparado constitucionalmente, o qual será apreciado de acordo a ponderação.

Com efeito, é admissível a restrição no direito fundamental se a permissão decorrer da Constituição, seja por uma restrição direta ou indireta.<sup>19</sup>

No entanto, por se tratar de restrição ao âmbito de proteção do direito fundamental à privacidade e intimidade, saliente-se que há necessidade que a medida seja adotada apenas em hipóteses excepcionais, quando o fato a ser provado não puder ser objeto de outros elementos de provas, sendo necessária prévia autorização judicial. Nesse sentido, é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. QUEBRA DE SIGILO DE MENSAGENS (WHATSAPP). AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA. VERIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. OITIVA DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. SÚMULA N. 283 DO STF. DILIGÊNCIAS DA DEFESA. SÚMULA N. 283 DO STF. CONEXÃO COM OUTROS PROCESSOS CRIMINAIS. SÚMULA N. 7 DO STJ. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **O acesso aos dados constantes de aplicativos de mensagens instalados em telefones celulares é legítimo mediante prévia autorização judicial e demonstrada a imprescindibilidade da medida.** 2. A verificação da imprescindibilidade da medida implicaria a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos, o que é vedado de acordo com o estabelecido na Súmula n. 7 do STJ. 3. A defesa foi intimada sobre os documentos acostados aos autos pela acusação antes de apresentar suas alegações finais. A nulidade somente seria possível se houvesse sido demonstrada a relevância da referida documentação para o desfecho do processo e a impossibilidade de havê-los impugnados de forma efetiva, o que não ocorreu. 4. As partes não impugnaram, nas razões do recurso especial, os fundamentos do acórdão recorrido no tocante à alegada parcialidade da testemunha da acusação ouvida em juízo. Incidência da Súmula n. 283 do STF. 5. Os agravantes não contestaram os motivos explicitados pela Corte de origem sobre os fatos de as diligências pleiteadas pela defesa terem sido juntadas aos autos antes da prolação da sentença condenatória com a devida intimação. Aplicação do disposto na Súmula n. 283 do STF. 6. O exame da alegada conexão entre ações penais distintas, no caso concreto, implica a necessidade de revolvimento fático-probatório, o que é inviável pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ. 7. A discussão sobre a ausência das elementares, do animus associativo e/ou do poderio econômico do grupo implicaria a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. 8. As questões invocadas nas razões do especial no tocante à atenuante genérica do art. 66 do CP e à desproporcionalidade na fixação das causas de aumento não foram prequestionadas na origem, o que atrai a aplicação do entendimento da Súmula n. 356 do STF. 9. Agravo regimental não provido.<sup>20</sup>

19 ALEXY, Robert. Teoria geral dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286-291

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 1708679/MS**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 04/11/2021, Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar>.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. QUEBRA DE SIGILO DE MENSAGENS (WHATSAPP). AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA. VERIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. OITIVA DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. SÚMULA N. 283 DO STF. DILIGÊNCIAS DA DEFESA. SÚMULA N. 283 DO STF. CONEXÃO COM OUTROS PROCESSOS CRIMINAIS. SÚMULA N. 7 DO STJ. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **O acesso aos dados constantes de aplicativos de mensagens instalados em telefones celulares é legítimo mediante prévia autorização judicial e demonstrada a imprescindibilidade da medida.** 2. A verificação da imprescindibilidade da medida implicaria a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos, o que é vedado de acordo com o estabelecido na Súmula n. 7 do STJ. 3. A defesa foi intimada sobre os documentos acostados aos autos pela acusação antes de apresentar suas alegações finais. A nulidade somente seria possível se houvesse sido demonstrada a relevância da referida documentação para o desfecho do processo e a impossibilidade de havê-los impugnados de forma efetiva, o que não ocorreu. 4. As partes não impugnaram, nas razões do recurso especial, os fundamentos do acórdão recorrido no tocante à alegada parcialidade da testemunha da acusação ouvida em juízo. Incidência da Súmula n. 283 do STF. 5. Os agravantes não contestaram os motivos explicitados pela Corte de origem sobre os fatos de as diligências pleiteadas pela defesa haverem sido juntadas aos autos antes da prolação da sentença condenatória com a devida intimação. Aplicação do disposto na Súmula n. 283 do STF. 6. O exame da alegada conexão entre ações penais distintas, no caso concreto, implica a necessidade de revolvimento fático-probatório, o que é inviável pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ. 7. A discussão sobre a ausência das elementares, do animus associativo e/ou do poderio econômico do grupo implicaria a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. 8. As questões invocadas nas razões do especial no tocante à atenuante genérica do art. 66 do CP e à desproporcionalidade na fixação das causas de aumento não foram prequestionadas na origem, o que atrai a aplicação do entendimento da Súmula n. 356 do STF. 9. Agravo regimental não provido.<sup>21</sup>

Inclusive, se não for submetida à cláusula de reserva de jurisdição, a prova há de ser reputada como ilícita. Com efeito, se policiais militares, durante a abordagem de busca pessoal, apreendem o aparelho celular e, nesse mesmo ato, acessam ao seu conteúdo, a prova deve ser reputada como ilícita, eis que há violação (e não propriamente restrição), ao âmbito de proteção ao direito à privacidade e intimidade:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. **ILICITUDE DAS PROVAS EXTRAÍDAS DE CELULAR. INOCORRÊNCIA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E COMPARTILHAMENTO DE PROVAS.** SÚMULA 7 DO STJ. INTERCEPTAÇÕES

---

jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%271708679%27)+ou+(%27AgRg%20no%20AREs-p%27+adj+%271708679%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 24/10/2023.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; AgRg no AREsp n. 1.708.679/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 4/11/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023.

TELEFÔNICAS. OBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DEVIDAMENTE COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA PENAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À ELEVAÇÃO DA SANÇÃO EM 1/6 PARA CADA VETORIAL DESFAVORÁVEL. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **“A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (‘WhatsApp’), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel”** (HC 372.762/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 3/10/2017, DJe 16/10/2017). 2. Na hipótese, o acesso ao celular do corréu se deu mediante prévia autorização judicial, como meio de se aprofundar as investigações acerca da prática criminosa, inclusive com o deferimento de compartilhamento de provas, em decorrência de sua prisão em flagrante. Para alterar o entendimento de que o acesso ao referido aparelho se deu após autorização judicial haveria necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ. 3. Segundo jurisprudência pacífica desta Corte Superior, não há ilegalidade na ausência de transcrição integral dos diálogos captados, por ausência de obrigatoriedade legal para tanto. 4. Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser prescindível a realização de perícia para a identificação das vozes captadas nas interceptações telefônicas, especialmente quando pode ser aferida por outros meios de provas e diante da ausência de previsão na Lei n. 9.296/1996. 5. Outrossim, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). Precedentes. 6. Tendo as instâncias de origem concluído que os acusados infringiram o verbo nuclear “integrar”, contido no preceito primário do art. 2º da Lei 12.850/2013, a pretendida absolvição dos réus, no ponto, demandaria reexame fático-probatório, incabível na via eleita (Súmula 7 do STJ). 7. Os depoimentos dos policiais responsáveis pela investigação são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. 8. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena. 9. No caso, a pena-base foi devidamente majorada em razão do modus operandi do delito, a revelar gravidade concreta superior à insita aos crimes de organização criminosa, tendo em vista que, além da associação contar com muito mais que 4 agentes, ser estruturada e com divisão de tarefas para a efetivação de delitos graves, o que por si só já caracteriza o delito, extrapola essas circunstâncias por se tratar de facção criminosa de alta periculosidade e amplamente conhecida - Primeiro Grupo Catarinense -

PGC - cuja atuação se estende por todo território catarinense, com membros que atuam com violência exacerbada praticando diversas modalidades de crimes. 10. Não há direito subjetivo do réu ao emprego da fração de 1/6 para cada circunstância judicial desfavorável, quanto à elevação da reprimenda básica. 11. A causa de aumento do emprego de arma de fogo foi devidamente evidenciada, pois, além de ser amplamente divulgada a circunstância de se tratar de organização criminosa fortemente armada, com notório poder bélico, o que, inclusive se pode ver durante as ondas de atentados protagonizados pelo PGC, o fato foi, ainda, comprovado pela prova oral produzida em Juízo, pelos relatórios das interceptações telefônicas e pela apreensão de arsenal bélico. Além do mais, não resta configurado bis in idem, uma vez que o fato de se tratar de organização criminosa armada excede a gravidade do grupo descrita para justificar a majoração da reprimenda na terceira fase da dosimetria, não se confundindo com os argumentos usados para aumentar a pena-base. 12. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 2.002.446/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023.)

Demais disso, a decisão deve ser devidamente fundamentada, eis que, apesar de se admitir a fundamentação *per relacionem*, não é possível que a fundamentação se limite a apor ciência e determinar a medida conforme o solicitado. Nesse sentido, é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **É entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça que « a decisão de quebra de sigilo telefônico não exige fundamentação exaustiva. Assim, pode o magistrado decretar a medida mediante fundamentação concisa e sucinta, desde que demonstre a existência dos requisitos autorizadores da interceptação telefônica»** (HC n. 617.577/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta T., DJe 4/2/2021.) 2. **Na hipótese, o Juízo de primeiro grau, ao analisar o requerimento policial de acesso aos dados telefônicos dos aparelhos telefônicos do indiciado, limitou-se a tão somente apor sua ciência e, em seguida, “ autorizar conforme solicitado”. Dessa forma, não se pode falar sequer em decisão sucinta, dado que o decisum impugnado se aproxima, em verdade, da inexistência de qualquer análise acerca dos requisitos autorizadores da medida pleiteada.** 3. Agravo regimental não provido.<sup>22</sup>

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PRORROGAÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. **Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.**

---

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no RHC n. 134.603/MG**, relator Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 15/9/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023, grifou-se.

2. Não há que se falar em nulidade das interceptações telefônicas, bem como das provas delas decorrentes, em razão da idoneidade das decisões que autorizaram a medida, com clareza da situação objeto da investigação, com a indicação e qualificação dos investigados, justificando a sua necessidade e demonstrando haver indícios razoáveis da autoria e materialidade das infrações penais, não se exigindo, neste momento, a descrição detalhada da participação de cada um dos agentes na empreitada criminosa, mesmo porque tal situação só seria possível após a colheita da prova autorizada. Precedentes. 3. A decisão de quebra de sigilo telefônico não exige fundamentação exaustiva. Assim, pode o magistrado decretar a medida mediante fundamentação concisa e sucinta, desde que demonstre a existência dos requisitos autorizadores da interceptação telefônica, como ocorreu na espécie. É desnecessário que cada sucessiva autorização judicial de interceptação telefônica apresente inéditos fundamentos motivadores da continuidade das investigações, bastando que estejam mantidos os pressupostos que autorizaram a decretação da interceptação originária” (HC n. 339.553/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2017, DJe 7/3/2017). (RHC 101.780/PB, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 10/04/2019) 4. Habeas corpus não conhecido.<sup>23</sup>

Feitos os esclarecimentos que apontam pela possibilidade de restrição constitucionalmente fundamentada ao direito à privacidade de dados telefônicos, passe-se à análise dos precedentes *Olmstade*, *Katz* e *Kyllo* e sua correspondência com o entendimento adotado pela doutrina e pelos casos julgados pelos Tribunais Superiores.

---

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 617.577/SP**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 4/2/2021. disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27617577%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27617577%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27HC%27.clap.+e+@num=%27617577%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27617577%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 24/10/2023, grifou-se.

# AS GERAÇÕES DE PROVAS E A CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO. O POSICIONAMENTO DAS CORTES SUPERIORES

Conforme outrora exposto, o precedente estabelecido em *Olmstade* assegura que a proteção constitucional estender-se-ia apenas para áreas tangíveis e demarcadas, não abrangendo as declarações orais, desde que não haja a invasão à propriedade – teoria proprietária. Com efeito, deve-se destacar sua incompatibilidade com o direito fundamental à privacidade no direito pátrio, uma vez que a Constituição lhe confere ampla proteção, sem fazer qualquer distinção, pois, conforme ensina Dirley da Cunha:

[...] a novel ordem constitucional oferece, expressamente, guarida à privacidade, que consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida particular e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade e intimidade de cada um, e também proibir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.<sup>1</sup>

Portanto, em virtude de sua incompatibilidade com a norma prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, pois seu âmbito de abrangência vai além de meras áreas tangíveis e demarcadas – precedente *Olmstade* -, conforme o entendimento doutrinário exposto, passa-se ao exame do precedente estabelecido em *Katz*.

Deve-se lembrar de que em *Katz* há uma ampliação no âmbito do direito à expectativa da privacidade, ou seja, migrou-se da teoria proprietária - *Olmstead* - para a teoria da proteção constitucional integral – *Katz* -, protegendo as pessoas e suas expectativas de privacidade. Além disso, a análise da violação da privacidade deve partir de uma dupla perspectiva: expectativa subjetiva de privacidade – refere-se à opinião do indivíduo de que possui, naquela situação, expectativa; expectativa objetiva de privacidade – refere-se à expectativa de privacidade reconhecida pela sociedade.<sup>2</sup>

Em caso concreto apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, mensagens criminosas contra a honra foram enviadas diretamente de uma *lan house*. Não obstante, esse computador havia sido apreendido pela autoridade policial, sem, todavia, haver prévia autorização judicial. Em razão do meio de obtenção da prova, chegou-se ao criminoso, sendo a prova reputada como válida, notadamente porque não houve acesso ao conteúdo da comunicação criminosa, sendo autorizado pelo proprietário do estabelecimento. Colaciona-se a íntegra da ementa:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. MENSAGENS CRIMINOSAS ENVIADAS PELA INTERNET. ACESSO AO CONTEÚDO DAS

1 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 634.

2 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 507.



que havia sido morta – proprietário -, tendo o telefone sido entregue pela própria esposa, após o cometimento do ilícito. Isso, pois, em primeiro lugar, não haveria ofensa ao direito à intimidade da vítima, detentora de eventual sigilo e, em segundo lugar, o que se protege no processo penal são os interesses do acusado e, *in casu*, sua intimidade não estaria sendo exposta naquele ato, alinhando-se ao decidido no precedente *Katz*, uma vez que não houve violação à expectativa do direito à privacidade. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41, DO CPP. INOBSERVÂNCIA. DADOS E DE CONVERSAS REGISTRADAS NO WHATSAPP. EXTRAÇÃO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A denúncia não descreve a conduta do recorrente quanto à imputação de porte ilegal de arma de fogo, não sendo possível identificar como teria ele contribuído para a consecução desse delito. 2. Não há ilegalidade na perícia de aparelho de telefonia celular pela polícia na hipótese em que seu proprietário - a vítima - foi morto, tendo o referido telefone sido entregue à autoridade policial por sua esposa, interessada no esclarecimento dos fatos que o detinha, pois não havia mais sigilo algum a proteger do titular daquele direito. 3. Recurso parcialmente provido, apenas para trancar a ação penal em relação ao recorrente, quanto à imputação concernente ao crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, por inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja oferecida.<sup>5</sup>

Não obstante o avanço do precedente *Katz*, de modo a conferir maior proteção à privacidade, notadamente contra os recursos tecnológicos, fez-se necessária uma revisão jurisprudencial até então fixada. Em razão disso que, no caso *Kyllo*, a Suprema Corte norte-americana assentou o entendimento de que deveria haver um maior controle em relação à atuação estatal na obtenção de provas, em razão das novas tecnologias invasivas, não disseminadas no uso geral, inaugurando o direito probatório de terceira geração.<sup>6</sup>

Destarte, a partir do precedente *Kyllo*, observa-se que um novo entendimento começa a ganhar fôlego na doutrina e na jurisprudência pátria, quando se discute a quebra de sigilo de dados e de conversas em aparelhos celulares. Isso, pois, com o avanço da tecnologia, atualmente os telefones celulares, em sua maioria, encontram-se conectados à internet banda larga - *smartphones* -, e geralmente são dotados de aplicativos de comunicação em tempo real. Assim, poderia haver, em tese, o acesso da autoridade policial em inúmeros aplicativos de comunicação (*v.g., Whatsapp, Viber, Telegram*, entre outros).<sup>7</sup>

Porém, deve-se mencionar que, embora exista dificuldade de classificar o direito probatório de terceira geração em conformidade com o precedente *Kyllo*, conforme se

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n° 86.076/MT**, Min. Rel. Sebastião Reis Júnior, Brasília, DF, 15 set. 2016. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=86076&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 22 out. 2019.

6 KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5° da Constituição Federal do século XXI. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**. Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 77-96, out. 2014, p. 87.

7 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 771.

expôs,<sup>8</sup> haja vista a indeterminação do que deve ser considerado como meio de obtenção de prova por intermédio de tecnologia invasiva, não disseminada pelo uso comum em geral, a doutrina sustenta a necessidade de se interpretar progressivamente alguns dispositivos constitucionais, como, por exemplo, o art. 5º, XII, da Constituição Federal, em virtude do avanço da tecnologia. Nesse sentido Danilo Knijnik sustenta que o art. 5º, da Constituição Federal, deve abranger os e-mails, uma vez que os examinar em um *smartphone* é o mesmo que analisar uma correspondência.<sup>9</sup>

No mesmo sentido, sustenta Philipe Benoni Mello e Silva a necessidade de se interpretar progressivamente o dispositivo constitucional, uma vez que o direito à privacidade não pode ser mitigado com o crescente desenvolvimento tecnológico, que transformou os celulares em verdadeiros microcomputadores, com a possibilidade de troca instantânea de mensagens, devendo, assim, haver uma nova hermenêutica constitucional da garantia que assegura a privacidade.<sup>10</sup>

Registre-se que uma forma de se identificar o que pode ser considerada como prova tecnológica invasiva à privacidade e que não esteja disseminada no uso comum das pessoas é a possibilidade de ela ser observada ou não a olho nu, o local em que é realizada a sua obtenção, o instrumento utilizado e que tipo de informação ela é apta a revelar, conforme sugere Danilo Knijnik.<sup>11</sup> Nesse sentido, no âmbito da terceira geração de provas pode-se, portanto, incluir a captação de conversas em aparelhos celulares, conforme a doutrina de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, onde sustentam que a proteção conferida no precedente *Kyllo* abrangeria a captação de dados de conversas via *WhatsApp* e *Telegram*.<sup>12</sup>

No âmbito jurisprudencial, destaca-se a distinção estabelecida quanto à necessidade de autorização judicial para a extração de dados e de conversas registradas em aparelhos celulares, em virtude da evolução da tecnologia no decorrer do tempo, com expressa menção ao direito probatório de terceira geração.

O entendimento inicial é o da possibilidade da extração de ‘dados em si mesmo’ em aparelhos celulares, independentemente da submissão à cláusula de reserva de jurisdição. Nesse sentido, é o precedente da 2ª turma do Supremo Tribunal Federal em caso ocorrido em 2004, onde, logo após a prisão em flagrante, o telefone celular do suspeito havia sido apreendido, sendo analisados os seus últimos registros telefônicos. Decidiu-se, então, que não haveria violação ao direito à privacidade, pois a consulta das chamadas recebidas

---

8 *Vide* capítulo 2 “AS GERAÇÕES DE PROVAS (TRILOGIA OLMSTEAD-KATZ-KYLLO) E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE”

9 KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**. Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 77-96, out. 2014, p. 92.

10 SILVA, Philipe Benoni Mello e. A interceptação previamente degradada verificada a *posteriori*. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 24, n. 289, p. 11-14, dez. 2016, p. 11-12.

11 KNIJNIK, *op cit.*, p. 96.

12 ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 805. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 773.

e efetuadas nos aparelhos não violaria a regra prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal. Nesse sentido, colaciona-se a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) **ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL;** (3) **ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS.** ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 **Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.** 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material 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. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada,

a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada.<sup>13</sup>

Não obstante, no ano de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, afastando-se do precedente exarado pelo Supremo Tribunal Federal decidiu que seriam nulas<sup>14</sup> as provas obtidas pela polícia por intermédio da extração de dados e de conversas registradas no *whatsapp*, sem prévia autorização judicial. Segundo apontou o Ministro Rogério Schietti Cruz haveria um *distinguishing*<sup>15</sup> em relação à decisão proferida no HC 91.867 do Supremo Tribunal Federal, conforme sustentou em seu voto:

Os fatos narrados nesse writ são de 2004, período em que os telefone celulares sabidamente não eram conectados à internet de banda larga como o são já há algum tempo – os chamados smartphones, dotados de aplicativos de comunicação em tempo real –, motivo pelo qual o acesso que os policiais teriam àquela época seria necessariamente menos intrusivo que o seria hoje. Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como *Whatsapp*, *Viber*, *Line*, *Wechat*, *Telegram*, *BBM*, *SnapChat*, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real.<sup>16</sup>

Citou, ainda, a doutrina que nomeia o chamado direito probatório de terceira geração, que, segundo ele: “[...] trata-se de provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais”<sup>17</sup>

---

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.867/PA**, Rel. Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 24 abril 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869954/habeas-corpus-hc-91867-pa-stf/inteiro-teor-111144852?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 jun. 2019, grifou-se.

14 Apesar de o acórdão se referir à nulidade, a doutrina majoritária possui o entendimento de que a obtenção de provas com ofensa a norma de direito material, *in casu*, o direito à privacidade, a consequência é o reconhecimento de sua ilicitude. Nesse sentido, por todos: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 566.

15 Conforme Daniel Amorim Assumpção Neves: “Trata-se de hipótese de não aplicação do precedente no caso concreto, sem, entretanto, sua revogação. Dessa forma, é excluída a aplicação do precedente judicial apenas para o caso concreto em razão de determinadas particularidades fáticas e/ou jurídicas, mantendo-se o precedente válido e com eficácia vinculante para outros processos”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo civil**: volume único. 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.316.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 51.531/RO**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Brasília, 19 jun. 2016, p. 16. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1497056&num\\_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1497056&num_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF)>. Acesso em: 24 out. 2019.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 51.531/RO**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Brasília,

Outrossim, colaciona-se a ementa do julgamento proferido pela 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça:

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.<sup>18</sup>

Nesse mesmo sentido, a 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que, após a apreensão do telefone celular pela autoridade policial, deve haver requerimento para a quebra do sigilo dos dados armazenados, em razão da garantia prevista no art. 5º, X, da Constituição Federal, sob pena de ilicitude das provas obtidas:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas). 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do recorrente, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.<sup>19</sup>

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS (CONVERSAS DE WHATSAPP). VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA.

---

19 jun. 2016, p. 16. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1497056&num\\_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1497056&num_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF)>. Acesso em: 24 out. 2019.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 51.531/RO**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Brasília, 19 jun. 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-51531-ro-2014-0232367-7/inteiro-teor-340165652>>. Acesso em: 22 out. 2019.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 78.747/RS**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, 09 jun. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484055938/embargos-de-declaracao-no-recurso-em-habeas-corporis-edcl-no-rhc-78747-rs-2016-0310346-9/inteiro-teor-484055947?ref=serp>>. Acesso em: 22 out. 2019.

ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp). 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do investigado, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ. 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos, exame que será feito pelo Juízo de 1º Grau.<sup>20</sup>

Verifica-se, portanto, que há evolução no entendimento pretoriano, com base no *distinguishing*, em virtude da diferença fática exposta no precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>21</sup> e os demais precedentes citados por ambas as turmas do Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento da diferença na extração de dados relacionados com chamadas telefônicas pretéritas e conversas registradas em aplicativos de conversação, sendo que nesta última hipótese deve haver prévio controle judicial.

Convém registrar, ainda, a situação especial do espelhamento de mensagens em aplicativos que operam em tempo real, que não se submete à lei 9.296/1996, sendo sequer esta prática permitida no direito pátrio.

Nesse sentido, pode ser citado o recente julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse caso, houve a apreensão de aparelho celular do investigado pelo delito de tráfico de drogas e associação ao tráfico, porém, na devolução do celular ao dono, os policiais mantiveram o monitoramento das conversas pelo aplicativo, via *WhatsApp Web*, as quais serviram de base para a decretação de sua prisão preventiva e de outros investigados. Não obstante, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça declarou nula a decisão judicial que autorizou o espelhamento como forma de obtenção de provas, por permitir o acesso irrestrito, inclusive a mensagens antigas. Assim, sequer seria possível equiparar o meio de obtenção de provas à interceptação telefônica, uma vez que nesta última hipótese seria permitida a interceptação só após autorização judicial, enquanto o espelhamento possibilitaria aos agentes policiais o acesso irrestrito das conversas já

---

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 101.585/MG**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe de 26/10/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023.

21 Oportuno registrar, porém, que o Supremo Tribunal Federal mantém a orientação de que a proteção conferida ao art. 5º, XII, da Constituição Federal, é da comunicação de dados, e não de 'dados em si mesmo'. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.322/RS**, Min. Rel. Luís Roberto Barroso, Brasília, DF, 09 dez 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12236234>. Acesso em: 22 out. 2019.

registradas. Além disso, poderia haver a interferência ativa na troca de mensagens entre os usuários, o que não ocorre com a interpretação telefônica. Colaciona-se, assim, a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. ORDEM DE HABILITAÇÃO DE SIMCARD (CHIP) DA AUTORIDADE POLICIAL FEDERAL EM SUBSTITUIÇÃO AO DO TITULAR DA LINHA. PROCEDIMENTO ILEGAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA OPERADORA TELEFÔNICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STJ. ILEGALIDADE DA INCURSÃO INVESTIGATÓRIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1. Para arguir suposta ilegitimidade ativa da Impetrante do writ originário, o Recorrente aponta como violado o art. 18 do Código de Processo Penal, contudo, em seguida, refere-se ao art. 18 do Código de Processo Civil, transcreve o teor deste, mas anota na transcrição "art. 6.º". Ou seja: não há sequer indicação clara e precisa do artigo de lei supostamente violado, o que obsta a admissão do recurso especial por inescusável deficiência de fundamentação, a atrair a incidência da Súmula n.º 284/STF. Precedentes. 2. Sobre a mesma questão, alega ainda violação ao art. 1.º da Lei n.º 12.016/2009, mas sem desenvolver nenhuma tese, limitando-se o Recorrente a afirmar a suposta violação, denotando, mais uma vez, inescusável deficiência de fundamentação, fazendo incidir o óbice da Súmula n.º 284/STF. Precedentes 3. Ademais, sequer há correspondência entre o argumento da ilegitimidade ativa e o conteúdo normativo do art. 1.º da Lei n.º 12.016/2009, atraindo, novamente, a incidência da Súmula n.º 284/STF. Precedentes 4. Obiter dictum: a legitimidade ativa da empresa de telefonia foi reconhecida pelo Tribunal a quo não para "proteger direito dos usuários das linhas telefônicas que seriam prejudicados com a interceptação telefônica", como afirmou o Recorrente, mas para discutir a ausência de lei específica para subsidiar a ordem judicial, que determinara inusitada interferência direta na própria prestação do serviço público pela concessionária 5. No mais, a ordem judicial, endereçada à concessionária de telefonia, consistiu na determinação de viabilizar à autoridade policial a utilização de "SIMCARD" (cartão "SIM", sigla em inglês da expressão Subscriber Identity Module - módulo de identificação do assinante -, comumente referido no Brasil como "chip"), em substituição ao do aparelho celular do usuário investigado, "pelo prazo de 15 (quinze) dias e a critério da autoridade policial, em horários previamente indicados, inclusive de madrugada. 6. Pretendeu-se que a operadora de telefonia, quando acionada, habilitasse o chip do agente investigador, em substituição ao do usuário, a critério da autoridade policial, que teria pleno acesso, em tempo real, às chamadas e mensagens transmitidas para a linha originária, inclusive via WhatsApp. 7. A ação, se implementada, permitiria aos investigadores acesso irrestrito a todas as conversas por meio do WhatsApp, inclusive com a possibilidade de envio de novas mensagens e a exclusão de outras. Se não bastasse, eventual exclusão de mensagem enviada ou de mensagem recebida não deixaria absolutamente nenhum vestígio e, por conseguinte, não poderia jamais ser recuperada para servir de prova em processo penal, tendo em vista que, em razão da própria característica do serviço, feito por meio de encriptação ponta-a-ponta, a operadora não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários. 8. Ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas travadas entre o alvo

interceptado e terceiros, na troca do chip habilitado, o agente do estado tem a possibilidade de atuar como participante das conversas, podendo interagir diretamente com seus interlocutores, enviando novas mensagens a qualquer contato inserido no celular, além de poder também excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, as mensagens no WhatsApp. E, nesse interregno, o usuário ficaria com todos seus serviços de telefonia suspensos. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. .<sup>22</sup>

Ainda, conferindo interpretação restritiva à possibilidade de restrição ao âmbito de proteção da garantia fundamental da privacidade de dados telefônicos, o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento de que não podem ser usadas, no âmbito do processo penal, as mensagens obtidas por meio do *print screen* da tela da ferramenta WhatsApp Web. Isso porque, consoante entendeu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em tal situação seria possível, a critério do autor, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas ou recentes, tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Ademais, entendeu que exclusão de eventual mensagem enviada, seja na opção “Apagar somente para Mim” seja na mensagem recebida, não deixa qualquer vestígio. Logo, para efeitos de atividade probatória, nunca pode ser recuperada, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta a ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. NOTÍCIA ANÔNIMA DO CRIME APRESENTADA JUNTO COM A CAPTURA DA TELA DAS CONVERSAS DO WHATSAPP. INTERLOCUTOR INTEGRANTE DO GRUPO DE CONVERSAS DO APLICATIVO. POSSIBILIDADE DE PROMOÇÃO DE DILIGÊNCIAS PELO PODER PÚBLICO. ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. NULIDADE VERIFICADA. DEMAIS PROVAS VÁLIDAS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há ilegalidade no inquérito policial, pois, após a notícia anônima do crime, foi adotado um procedimento preliminar para apurar indícios de conduta delitiva, antes de serem adotadas medidas mais drásticas, como a quebra do sigilo telefônico, sendo que as delações anônimas não foram os únicos elementos utilizados para a instauração do procedimento investigatório, conforme a transcrição do Relatório Técnico, datado de 30/12/2015, no acórdão proferido no RHC 79.848. Ademais, de acordo com as informações prestadas pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ipojuca/PE nos autos do RHC 79.848, “No IPL há a denúncia por escrito e assinada com a qualificação dos denunciantes, assim não há que se falar em que somente houve denúncia anônima para a instauração de um IPL” (fl. 736 do RHC 79.848). 2. Consta dos autos que os prints das conversas do WhatsApp teriam sido efetivados por um dos integrantes do grupo de conversas do aplicativo, isto é, seria um dos próprios interlocutores, haja vista que ainda consta no acórdão do Tribunal de origem que, “como bem pontuado pela douta Procuradoria de Justiça que ‘(...) a tese da defesa de que a prova é ilícita se contrapõe a tese da acusação de que

---

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 99735/SC**, Rel. Min. Laurita Vaz, Brasília, 27 nov. 2018. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=99735&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 out. 2019.

as conversas foram vazadas por um dos próprios interlocutores devendo ser objeto de prova no decorrer da instrução processual". 3. Esta Sexta Turma entende que é inválida a prova obtida pelo WhatsApp Web, pois "é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários" (RHC 99.735/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018). 4. Agravo regimental parcialmente provido, para declarar nulas as mensagens obtidas por meio do print screen da tela da ferramenta WhatsApp Web, determinando-se o desentranhamento delas dos autos, mantendo-se as demais provas produzidas após as diligências prévias da polícia realizadas em razão da notícia anônima dos crimes<sup>23</sup>

Entretantes, ainda sobre a ótica da proteção do direito fundamental da privacidade dos dados telefônicos contra o uso de tecnologia invasiva, o Superior Tribunal de Justiça considera ilegal a habilitação de chip da autoridade policial em substituição ao do investigado titular da linha. Todavia, conforme ementa a ser transcrição, o Superior tribunal de Justiça o faz sob a ótica da nº Lei 9.296/1996:

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. ORDEM DE HABILITAÇÃO DE SIMCARD (CHIP) DA AUTORIDADE POLICIAL FEDERAL EM SUBSTITUIÇÃO AO DO TITULAR DA LINHA. PROCEDIMENTO ILEGAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA OPERADORA TELEFÔNICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STJ. ILEGALIDADE DA INCURSÃO INVESTIGATÓRIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1. Para arguir suposta ilegitimidade ativa da Impetrante do writ originário, o Recorrente aponta como violado o art. 18 do Código de Processo Penal, contudo, em seguida, refere-se ao art. 18 do Código de Processo Civil, transcreve o teor deste, mas anota na transcrição "art. 6.º". Ou seja: não há sequer indicação clara e precisa do artigo de lei supostamente violado, o que obsta a admissão do recurso especial por inescusável deficiência de fundamentação, a atrair a incidência da Súmula n.º 284/STF. Precedentes. 2. Sobre a mesma questão, alega ainda violação ao art. 1.º da Lei n.º 12.016/2009, mas sem desenvolver nenhuma tese, limitando-se o Recorrente a afirmar a suposta violação, denotando, mais uma vez, inescusável deficiência de fundamentação, fazendo incidir o óbice da Súmula n.º 284/STF. Precedentes. 3. Ademais, sequer há correspondência entre o argumento da ilegitimidade ativa e o conteúdo normativo do art. 1.º da Lei n.º 12.016/2009, atraindo, novamente, a incidência da Súmula n.º 284/STF. Precedentes. 4. Obiter dictum: a legitimidade ativa da empresa de telefonia foi reconhecida pelo Tribunal a quo não para "proteger direito dos usuários das

---

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC 133.430/PE**, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023.

linhas telefônicas que seriam prejudicados com a interceptação telefônica”, como afirmou o Recorrente, mas para discutir a ausência de lei específica para subsidiar a ordem judicial, que determinara inusitada interferência direta na própria prestação do serviço público pela concessionária. 5. No mais, a ordem judicial, endereçada à concessionária de telefonia, consistiu na determinação de viabilizar à autoridade policial a utilização de “SIMCARD” (cartão “SIM”, sigla em inglês da expressão Subscriber Identity Module - módulo de identificação do assinante -, comumente referido no Brasil como “chip”), em substituição ao do aparelho celular do usuário investigado, “pelo prazo de 15 (quinze) dias e a critério da autoridade policial, em horários previamente indicados, inclusive de madrugada.” 6. Pretendeu-se que a operadora de telefonia, quando acionada, habilitasse o chip do agente investigador, em substituição ao do usuário, a critério da autoridade policial, que teria pleno acesso, em tempo real, às chamadas e mensagens transmitidas para a linha originária, inclusive via WhatsApp. 7. A ação, se implementada, permitiria aos investigadores acesso irrestrito a todas as conversas por meio do WhatsApp, inclusive com a possibilidade de envio de novas mensagens e a exclusão de outras. Se não bastasse, eventual exclusão de mensagem enviada ou de mensagem recebida não deixaria absolutamente nenhum vestígio e, por conseguinte, não poderia jamais ser recuperada para servir de prova em processo penal, tendo em vista que, em razão da própria característica do serviço, feito por meio de criptação ponta-a-ponta, a operadora não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários. 8. Ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas travadas entre o alvo interceptado e terceiros, na troca do chip habilitado, o agente do estado tem a possibilidade de atuar como participante das conversas, podendo interagir diretamente com seus interlocutores, enviando novas mensagens a qualquer contato inserido no celular, além de poder também excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, as mensagens no WhatsApp. E, nesse interregno, o usuário ficaria com todos seus serviços de telefonia suspensos. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.<sup>24</sup>

É de relevo salientar, no entanto, que é permitido, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o acesso ao whatsapp, mesmo sem autorização judicial, em caso de telefone celular encontrado no interior de estabelecimento prisional. Isso porque o Tribunal considerou que uma das consequências da imposição da prisão é a proibição da comunicação do recluso com o ambiente externo, considerando, outrossim, que os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto, sendo possível a existência de limitações de ordem jurídica:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DE PROVA OBTIDA APÓS O ACESSO A APARELHO CELULAR ENCONTRADO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL SEM A PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR RELATIVOS À TEMÁTICA SÃO INAPLICÁVEIS NA HIPÓTESE. DISTINÇÃO. NORMAS FUNDAMENTAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. RESTRIÇÃO IMPOSTA PELA ORDEM JURÍDICA. POSSIBILIDADE. POSSE, USO E FORNECIMENTO DE APARELHO TELEFÔNICO E SIMILARES

---

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.806.792/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 25/5/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023.

DENTRO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. ILICITUDE MANIFESTA E INCONTESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL PREVISTA NO ART. 5º. INCISO XII, DA CF/1988. DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO PODEM SER UTILIZADOS PARA A SALVAGUARDA DE PRÁTICAS ILÍCITAS. PRESCINDIBILIDADE DE DECISÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS CONTIDOS NO OBJETO. CONTROLE JUDICIAL POSTERIOR. ATUAÇÃO DA POLÍCIA PENAL E DO PODER JUDICIÁRIO EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL E A REGRA DA VEDAÇÃO À SANÇÃO COLETIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Como é cediço, ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal entendem que é ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, sem prévia autorização judicial. O mencionado entendimento, todavia, deve ser distinguido da situação apresentada nesses autos. Os julgados do STJ concluem pela violação ao art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, quanto a dados obtidos, sem autorização judicial, de aparelhos celulares apreendidos fora de estabelecimentos prisionais. A controvérsia ora colocada, contudo, se refere à hipótese em que o aparelho é encontrado dentro de estabelecimento prisional, em situação de explícita violação às normas jurídicas que regem a execução penal. 2. De acordo com entendimento pacífico da Suprema Corte, os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto, sendo possível a existência de limitações de ordem jurídica. Os arts. 3º, 38 e 46, todos da LEP, representam hipóteses de restrição legal aos direitos individuais dos presos. Nesse cenário, uma das consequências da imposição da prisão - penal ou processual - é a proibição da comunicação do recluso com o ambiente externo por meios diversos daqueles permitidos pela lei. Para garantir a observância dessa restrição foram editadas diversas normas que têm por objetivo coibir o acesso do segregado a aparelhos telefônicos, de rádio ou similares. Exemplificativamente: art. 50, inciso VII, da Lei n. 7.210/1984; arts. 319-A e 349-A, ambos do Código Penal; art. 4º da Lei n. 10.792/2013. 3. Conforme previsto no art. 41, inciso XV, da LEP, o contato do preso com o mundo exterior é autorizado por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. Mesmo no caso de comunicação por intermédio de correspondência escrita, permitida legalmente, a Suprema Corte firmou jurisprudência no sentido de que, diante da inexistência de liberdades individuais absolutas, é possível que a Administração Penitenciária, sem prévia autorização judicial, acesse o seu conteúdo quando houver inequívoca suspeita de sua utilização como meio para a preparação ou a prática de ilícitos. A necessidade de se resguardar a segurança, a ordem pública e a disciplina prisional, segundo a Corte Suprema, prevalece sobre a reserva constitucional de jurisdição. 4. Nessa conjuntura, se é prescindível decisão judicial para a análise do conteúdo de correspondência a fim de preservar interesses sociais e garantir a disciplina prisional, com mais razão se revela legítimo, para a mesma finalidade, o acesso dos dados e comunicações constantes em aparelhos celulares encontrados ilícitamente dentro do estabelecimento penal, pois a posse, o uso e o fornecimento do citado objeto são expressamente proibidos pelo ordenamento jurídico. Tratando-se de ilicitude manifesta e incontestável, não há direito ao sigilo e, por consequência, inexiste a possibilidade de invocar a proteção constitucional prevista no art. 5º, inciso XII, da Carta da República. Por certo, os direitos fundamentais não podem ser utilizados para a salvaguarda de práticas ilícitas, não sendo razoável pretender proteger aquele que age em notória desconformidade com as normas de regência.

5. O controle pelo Poder Judiciário será realizado posteriormente e eventuais abusos cometidos deverão ser devidamente apurados e punidos pelos órgãos públicos competentes 6. No caso em questão, a Polícia Penal, durante procedimento de revista em uma das galerias do presídio, encontrou dois aparelhos celulares, “um escondido embaixo da escadaria próxima a porta do solário e outro em um vão aberto devido a corrosão no batente da ducha”. Como não foi localizado, naquele momento, o segregado, que usava e tinha a posse de um desses objetos, os agentes acessaram o conteúdo ali existente, ocasião em que foram encontrados dados do Paciente em aplicativos instalados no referido aparelho. Identificado o Paciente, o Juízo das Execuções Penais, na audiência de justificação, homologou a falta disciplinar de natureza grave e revogou 1/9 (um nono) dos dias remidos. A atuação da Polícia Penal e do Poder Judiciário foi legítima, estando, inclusive, em conformidade com o princípio da individualização da execução penal e com a regra de que é vedada a sanção coletiva (art. 45, § 3º, da Lei n. 7.210/1984). Assim, não havendo ilicitude da prova obtida por meio do acesso ao aparelho celular, inexistente nulidade a ser sanada 7. Ordem denegada<sup>25</sup>.

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. APREENSÃO DE CELULARES. NULIDADE. ACESSO AOS DADOS SEM DECISÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. ORDEM DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não há no ordenamento, via de regra, direitos fundamentais de caráter absoluto. Assim, não há nulidade diante do acesso aos dados de celulares apreendidos ilicitamente em interior de estabelecimento prisional, uma vez que, em tais hipóteses, a garantia da inviolabilidade dos dados e comunicações fica mitigada em função da expressa proibição contida no art. 50, VII, da Lei de Execução Penal, sendo, portanto, tal garantia relativizada em favor das regras de disciplina prisional que norteiam as execuções penais. 2. “[...] se é prescindível decisão judicial para a análise do conteúdo de correspondência, a fim de preservar interesses sociais e garantir a disciplina prisional, com mais razão se revela legítimo, para a mesma finalidade, o acesso dos dados e comunicações constantes em aparelhos celulares encontrados ilicitamente dentro do estabelecimento penal, pois a posse, o uso e o fornecimento do citado objeto são expressamente proibidos pelo ordenamento jurídico. Tratando-se de ilicitude manifesta e incontestável, não há direito ao sigilo e, por consequência, inexistente a possibilidade de invocar a proteção constitucional prevista no art. 5º, inciso XII, da Carta da República. Por certo, os direitos fundamentais não podem ser utilizados para a salvaguarda de práticas ilícitas, não sendo razoável pretender proteger aquele que age em notória desconformidade com as normas de regência” (HC n. 546.830/PR, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2021, DJe 22/3/2021).

3. Agravo regimental desprovido.<sup>26</sup>

Destaca-se, ainda que parte da doutrina considera dispensável, à luz do caso concreto, a autorização judicial para a captação de conversas registradas em aplicativos. Fundamenta-se essa conclusão no fato de que o direito à privacidade não pode constituir em

---

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 546.830/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 22/03/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 661.489/MG**, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022. disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso: 24/10/2023.

um fundamento para salvaguardar práticas ilícitas, que estão em plena consumação, desde que seja desabilitada a conexão do celular à rede mundial de computadores, limitando-se, assim, a consulta à troca de mensagens pretéritas e demais dados armazenados no aparelho, devendo a medida excepcional ser justificada por escrito.<sup>27</sup>

Esse entendimento ganha alicerce com a doutrina<sup>28</sup> e jurisprudência que considera constitucional a gravação telefônica, na hipótese de investida criminosa de um dos interlocutores em face do outro, conforme recente julgado exalado pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>29</sup> Além disso, a conclusão apoia-se na dogmática dos direitos fundamentais que adota a concepção de que os direitos fundamentais encontram um de seus limites quando utilizados para práticas delituosas.<sup>30</sup>

Em que pese isso, essa concepção não guarda consonância com o direito probatório de terceira geração. Conforme vista alhures, no precedente *Kyllo v. U.S* analisou-se que o investigado se encontrava com plantação de *cannabis sativa* no interior de sua residência, quando os policiais, sem autorização judicial, utilizaram de equipamento de alta captação térmica para que pudesse ser monitorado, via pública, a emanção de calor.

Assim, em que pese a prática ilícita praticada pelo investigado, no interior de sua residência, ou seja, sob o manto protetor da privacidade, a Suprema Corte norte-americana reputou a prova como ilícita, notadamente porque houve emprego de alta tecnologia na colheita da prova.

---

27 BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**. Goiás, v. 21, n.32, p. 9-30, jul./dez. 2016, p. 27-28.

28 Por todos: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 766.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 311804-PE**. Rel. Min. Jorge Mussi, Brasília, DF, 24 ago. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492315174/agravo-em-recurso-especial-a-resp-311804-pe-2013-0098281-7>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

30 Por todos: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 185.

## CONCLUSÃO

De início, conforme visto, há divergência doutrinária sobre a possibilidade de interpretar progressivamente a exceção prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, para abranger, além da comunicação telefônica, a transmissão de dados e de conversas, prevalecendo, no entanto, o entendimento de sua possibilidade, pois, segundo a doutrina, não há direitos ou garantias com caráter absoluto. Não obstante, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, não há subsunção à lei 9.296\96 na hipótese de apreensão dos aparelhos celulares, com posterior quebra do sigilo das conversações, sendo que a mesma sorte não se aplica à hipótese de interceptação propriamente dita dos dados e de conversas de aplicativos que operam em tempo real.

Ato contínuo, pode-se observar com base nos precedentes *Olmstead-Katz-Kyllo* que a Suprema Corte norte-americana evoluiu seu entendimento a respeito dos meios de obtenção de provas que, em tese, poderiam ser considerados invasivos ao direito fundamental à privacidade.

Com efeito, o reflexo dos precedentes operou-se na doutrina pátria, bem como no entendimento pretoriano, especialmente no Tribunal da Cidadania, com destaque do voto vista do Min. Rogerio Schietti Cruz em clara alusão ao direito probatório de terceira geração, o que parece ser uma tendência para as decisões no futuro. Assim, não se pode perder de vista as gerações de provas para conferir ampla proteção do direito fundamental à privacidade e, ao mesmo tempo, regular o procedimento de produção de provas de maneira consentânea com o aludido direito.

Nesse sentido, quanto à tese fixada no precedente *Olmstade*, verificou-se a incapacidade de sua aplicação no direito pátrio, em razão de sua incompatibilidade com o âmbito de proteção do direito à privacidade. Em relação ao fixado no precedente *Katz*, contou-se a alusão do duplo teste da expectativa de privacidade, fixada, ainda que implicitamente, em decisão do Supremo Tribunal Federal. Por fim, quanto ao estabelecido no precedente *Kyllo*, asseverou-se que, com o avanço da tecnologia, houve também uma mudança de interpretação a respeito da captação de dados e conversas contidas em aparelhos celulares, o que parece consentâneo com a ampla proteção do direito fundamental à privacidade.

Ademais, apesar de restar assentado no precedente *Kyllo* que a necessidade de submissão à cláusula de reserva de jurisdição é somente aplicável nas hipóteses em que há obtenção de provas por meio de recursos tecnológicos não disseminados no uso comum da população, a doutrina especializada no assunto advoga que se deve interpretar extensivamente o âmbito de proteção do direito fundamental à privacidade, para que ela não seja mitigada com o crescente desenvolvimento tecnológico.

Além disso, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, estabeleceu-se um *distinguishing* em relação à extração de dados considerados em si mesmo, ou seja, quando referentes à

análise de registro de chamadas ou da agenda eletrônica, e dados ou conversas registradas em aplicativos que operam em tempo real. No primeiro caso, não haveria necessidade da subsunção à cláusula de reserva de jurisdição, pois não haveria ofensa direta à privacidade, sendo que a mesma sorte não assiste no segundo caso.

Observou-se, ainda, que parte da doutrina advoga pela possibilidade de extração de dados e conversas, desde que pretéritas, sem a necessidade de intervenção judicial, visto que o direito à privacidade, assim como os demais direitos fundamentais, não comporta em seu âmbito de proteção a práticas delituosas. Porém, tal corrente não guarda consonância com o direito probatório de terceira geração, uma vez que no precedente *Kyllo*, apesar de o investigado utilizar da privacidade para prática de crime, houve o reconhecimento da ilicitude da prova, em virtude da utilização de tecnologia altamente invasiva, sem prévia autorização judicial.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

ALEXY, Robert. Teoria geral dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Intercepção de Comunicações Telefônicas e Telemáticas: limites ante o Avanço da Tecnologia, In: CASARA, Rubens Roberto R.; Lima, Joel Correa de (Org.). Temas **para uma Perspectiva Crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 483-499.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 7 ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de Direito e Processo Penal**. Tradução de Amilcare Carletti. 1ª ed. São Paulo: Pillhars, 2008.

BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**. Goiás, v. 21, n.32, p. 9-30, jul./dez. 2016, p. 21.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; AgRg no AREsp n. 1.708.679/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 4/11/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC 133.430/PE**, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no RHC n. 134.603/MG**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 15/9/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023, grifou-se.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no RHC n. 134.603/MG**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 15/9/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023, grifou-se.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 617.577/SP**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 4/2/2021. disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27617577%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27617577%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27617577%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27617577%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 24/10/2023, grifou-se.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **6ª T., RHC nº 2.777-0/RJ**, Rel. Min. Pedro Acioli, Ementário 08/721. disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/574363>. Acesso em: 24/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Aggravamento em Recurso Especial nº 311804-PE**. Rel. Min. Jorge Mussi, Brasília, DF, 24 ago. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492315174/agravamento-em-recurso-especial-aresp-311804-pe-2013-0098281-7>>. Acesso em: 16 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 1708679/MS**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 04/11/2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%271708679%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%271708679%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%271708679%27)+ou+(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%271708679%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 24/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 661.489/MG**, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022. disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso: 24/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 86.076/MT**, Min. Rel. Sebastião Reis Júnior, Brasília, DF, 15 set. 2016. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=86076&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 546.830/PR, REL. MINISTRA LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, JULGADO EM 09/03/2021, DJE 22/03/2021. DISPONÍVEL EM: <HTTPS://SCON.STJ.JUS.BR/SCON/PESQUISAR.JSP>. ACESSO EM: 24/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 1.667.283/PR**, Rel. Min. Felix Fisher, Brasília, 04 dez. 2018. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1667283&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 51.531/RO**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Brasília, 19 jun. 2016, p. 16. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1497056&num\\_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1497056&num_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF)>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 78.747/RS**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, 09 jun. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484055938/emargos-de-declaracao-no-recurso-em-habeas-corpus-edcl-no-rhc-78747-rs-2016-0310346-9/inteiro-teor-484055947?ref=serp>>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 89.981/MG**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, 05 dez. 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=89981&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº. 99735/SC**, Rel. Min. Laurita Vaz, Brasília, 27 nov. 2018. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=99735&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.806.792/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 25/5/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 24/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS n. 60.531/RO**, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 9/12/2020, DJe de 17/12/2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ROMS%27.clas.+e+@num=%2760531%27\)+ou+\(%27RMS%27+adj+%2760531%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ROMS%27.clas.+e+@num=%2760531%27)+ou+(%27RMS%27+adj+%2760531%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 24/10/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 103.425/AM**, Min. Rel. Rosa Weber, Brasília, DF, 26 jun. 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28103425%2ENUME%2E+OU+103425%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yyt6m9jv> >. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.322/RS**, Min. Rel. Luís Roberto Barroso, Brasília, DF, 09 dez 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12236234>>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.867/PA**, Rel. Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 24 abril 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869954/habeas-corpus-hc-91867-pa-stf/inteiro-teor-111144852?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 100524**, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 24-05-2012 PUBLIC 25-05-2012). disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=100524&sort=score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=100524&sort=score&sortBy=desc). Acesso em: 24/10/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 461.366/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 13 out. 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2325138>. Acesso em: 24 de outubro de 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3. ed. 2. triagem. São Paulo: Edijur, 2015.

COUTINHO, Mariana. O que é criptografia de ponta a ponta? Entenda o recurso de privacidade. Techtudo. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/06/o-que-e-criptografia-de-ponta-a-ponta-entenda-o-recurso-de-privacidade.ghtml>. Acesso em: 24/10/2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; FERNANDES, Antônio Scarance.; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171;

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

JESUS, Damásio de. **Interceptação das comunicações telefônicas** – notas à lei 9.296 de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**. Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 77-96, out. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, José Rubens de. **Sociedade e Verdade** – evolução histórica da prova. 2018, 505 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo civil**: volume único. 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2022

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007. SILVA, Philipe Benoni Mello e. A interceptação previamente degravada verificada a *posteriori*. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 24, n. 289, p. 11-14, dez. 2016.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

UNITED STATES. **Constitution of the United States: 1787**. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2020.

**JEAN CARLOS FALCÃO MANOSSO** - Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2018). Especialista em Direito Processual Penal e Prática Forense pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil(2020). Autor de livros e artigos científicos relacionados a ciências jurídicas. Atualmente é Servidor Público do Ministério Público do Estado do Paraná (2023).

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3781890281097375>

# O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DE DADOS TELEFÔNICOS E TELEMÁTICOS E AS GERAÇÕES DE PROVAS

 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
 [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)  
 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)  
 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

# O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DE DADOS TELEFÔNICOS E TELEMÁTICOS E AS GERAÇÕES DE PROVAS

 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
 [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)  
 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)  
 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)