A Licitude do Acesso aos Registros Telefônicos em Inquérito Policial sem Prévia Autorização Judicial

The Lawfulness of Accessing Telephone Records in a Police Investigation Without Prior Judicial Authorization

Marlon dos Santos Vieira
Bacharelando em Direito pela Faculdade IDEAU, campus Passo Fundo/RS
marlonvieira1695@gmail.com

O presente artigo tratou da licitude do acesso a registros telefônicos no inquérito policial, considerando o entendimento consolidado pelo Tema 977 do Supremo Tribunal Federal (STF). A pesquisa teve como objetivo geral analisar a possibilidade de obtenção desses registros sem a necessidade de autorização judicial, ponderando a colisão entre o direito fundamental à privacidade e a necessidade da persecução penal. Para tanto, foram abordados os seguintes objetivos específicos: a análise da proteção constitucional à privacidade e ao sigilo das comunicações telefônicas; a distinção entre interceptação do conteúdo das comunicações e acesso a registros telefônicos; a interpretação do STF sobre a matéria, especialmente nos casos de urgência e risco à segurança pública; e a avaliação das implicações processuais, com destaque para a cadeia de custódia da prova e os limites da legalidade no contexto investigativo. O estudo demonstrou que o STF reconheceu a possibilidade de acesso a registros telefônicos sem autorização judicial em situações excepcionais, como sequestros em andamento ou ameaças iminentes, desde que observados os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade. Além disso, verificou-se que a cadeia de custódia deve ser rigorosamente respeitada para evitar a nulidade processual das provas obtidas de forma irregular. Concluiu-se que, embora a obtenção de registros telefônicos sem autorização judicial possa ser lícita em determinadas circunstâncias, sua aplicação deve ser restritiva e controlada, a fim de garantir a compatibilidade com os direitos fundamentais e evitar abusos investigativos.

Palavras-chave: Licitude, Registros telefônicos, Inquérito policial, Tema 977 STF, Privacidade.

This article addressed the legality of accessing telephone records in police investigations, considering the understanding consolidated by Theme 977 of the Brazilian Supreme Court (STF). The research had the general objective of analyzing the possibility of obtaining these records without the need for judicial authorization, considering the conflict between the fundamental right to privacy and the need for criminal prosecution. To this end, the following specific objectives were addressed: the analysis of the constitutional protection of privacy and the secrecy of telephone communications; the distinction between interception of the content of communications and access to telephone records; the interpretation of the STF on the matter, especially in cases of urgency and risk to public safety; and the assessment of procedural implications, with emphasis on the chain of custody of evidence and the limits of legality in the investigative context. The study demonstrated that the STF recognized the possibility of accessing telephone records without judicial authorization in exceptional situations, such as ongoing kidnappings or imminent threats, as long as the principles of legality, necessity and proportionality are observed. Furthermore, it was found that the chain of custody must be strictly respected to avoid procedural nullity of evidence obtained irregularly. It was concluded that, although obtaining telephone records without judicial authorization may be lawful in certain circumstances, its application must be restrictive and controlled in order to ensure compatibility with fundamental rights and avoid investigative abuses.

Keywords: Legality, Telephone records, Police investigation, Theme 977 STF, Privacy.

Considerações Iniciais

O presente artigo propõe o estudo sobre a licitude do acesso a registros telefônicos em inquérito policial sem prévia autorização judicial. Este tema carrega a importância da obtenção de registros telefônicos no âmbito de investigações criminais e o

respeito aos direitos fundamentais. A crescente digitalização da sociedade trouxe avanços significativos na forma como as pessoas se comunicam, mas também impõe desafios ao direito, especialmente no que diz respeito à proteção da privacidade e à obtenção de provas em investigações criminais. A possibilidade de acesso a registros telefônicos em inquérito policial sem autorização judicial levanta um intenso debate jurídico e constitucional, pois envolve a ponderação entre o direito fundamental à privacidade e a necessidade do Estado em exercer seu poder investigativo para combater crimes.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII, protege o sigilo das comunicações telefônicas, permitindo sua quebra apenas por determinação judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. No entanto, o alcance dessa proteção tem sido objeto de interpretações divergentes no meio jurídico, especialmente no que se refere à obtenção de registros telefônicos armazenados em aparelhos celulares. Enquanto a interceptação do conteúdo das chamadas exige autorização judicial expressa, há discussões sobre se o mesmo rigor deve ser aplicado ao acesso a dados cadastrais, registros de ligações e localização de antenas utilizadas nas investigações criminais.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou a controvérsia ao julgar o Tema 977, consolidando o entendimento de que o acesso a registros telefônicos não equivale à interceptação das comunicações, podendo ser realizado sem a necessidade de ordem judicial prévia. O Tribunal reconheceu, entretanto, que essa medida deve ser pautada pelos princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, a fim de evitar abusos e proteger direitos fun-

damentais. Além disso, o STF admitiu que, em situações excepcionais de urgência, como sequestros em andamento ou ameaças iminentes à segurança pública, a obtenção dessas informações pode ocorrer diretamente pela autoridade policial, desde que haja posterior controle judicial.

Dessa forma, este artigo tem como objetivo geral analisar a licitude do acesso a registros telefônicos sem autorização judicial no inquérito policial, considerando o entendimento consolidado pelo STF no Tema 977, bem como a interpretação da legislação vigente, dos princípios constitucionais e das garantias processuais.

A relevância da pesquisa se justifica pelo impacto direto do tema na proteção dos direitos fundamentais e na efetividade da investigação criminal, sendo necessário compreender em quais hipóteses essa prática pode ser considerada legítima e quais são os riscos de sua aplicação indiscriminada. Para isso, o estudo adotará uma abordagem jurídico-dogmática, com análise da Constituição Federal, legislação infraconstitucional, doutrina e jurisprudência, a fim de compreender os critérios que delimitam a licitude do acesso a registros telefônicos no âmbito das investigações criminais.

O Inquérito Policial e a Relativização dos Direitos Fundamentais

O objetivo desta seção é apresentar e esclarecer os procedimentos de inquérito policial bem como as implicações processuais e a cadeia de custódia, buscando a relativização dos direitos fundamentais frente à urgência da obtenção de informações e o perigo à vida.

Inquérito Policial

O Inquérito Policial é um procedimento administrativo de caráter inquisitorial, realizado pela polícia judiciária (Polícia Civil ou Polícia Federal), com o objetivo de investigar infrações penais e reunir elementos de informação que auxiliem na formação da convicção do titular da ação penal, seja o Ministério Público (nos crimes de ação penal pública) ou o ofendido (nos crimes de ação penal privada).

Segundo Aury Lopes Jr. (2023), o inquérito policial tem a função de ser um "instrumento investigativo preliminar, de natureza inquisitorial, destinado à formação da opinião delitiva do titular da ação penal". Ou seja, seu principal propósito é fornecer elementos suficientes para que o órgão acusador possa decidir sobre a propositura ou não da denúncia.

O Código de Processo Penal disciplina o inquérito nos artigos 4º a 23 do CPP, estabelecendo que ele é dispensável para a propositura da ação penal, podendo ser substituído por outros elementos de prova. Conforme Rogério Greco (2019), "o inquérito policial não é peça essencial à ação penal, mas representa um importante mecanismo para garantir a correta apuração dos fatos e a justa aplicação da lei penal", diante disso, passa-se analisar no tópico seguinte a cadeia de custódia de provas.

Implicações Processuais e a Cadeia de Custódia de Provas

O Código de Processo Penal (CPP) foi alterado pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anti Crime) para estabelecer regras mais rígidas sobre a cadeia de custódia da prova (art. 158-A do CPP). O acesso ilegal a registros telefônicos pode comprometer a prova e torná-la ilícita, nos termos do artigo 157 do CPP, podendo ser desentranhada do processo.

A cadeia de custódia é um conjunto de procedimentos destinados a preservar a integridade e autenticidade da prova penal, garantindo sua validade no processo. O art. 158-A do Código de Processo Penal (CPP) define a cadeia de custódia como o conjunto de atos que documentam a coleta, custódia, preservação e destinação da prova. A correta observância desse procedimento é essencial para evitar a contaminação da prova e sua consequente ilicitude. Brasil (1941).

A violação da cadeia de custódia pode resultar na inadmissibilidade da prova, conforme o art. 157 do CPP, que determina o desentranhamento das provas ilícitas: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais", Brasil (1941). Além disso, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI, reforça essa vedação ao estabelecer que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, amplamente reconhecida no direito penal e processual penal, estabelece que uma prova ilícita contamina todas as provas derivadas dela, tornando-as igualmente inadmissíveis, conforme o autor Segundo Aury Lopes Jr. (2023), "a prova ilícita não pode ser utilizada como fundamento para decisão judicial, pois compromete a higidez do devido processo legal e o direito à ampla defesa".

A coleta da prova deve respeitar os procedimentos previstos no CPP, como a busca e apreensão (art. 240) e a busca pessoal (art. 244). O art. 6º, III e IV, determina que a autoridade policial deve apresentar os objetos apreendidos para exame pericial e colher declarações do indiciado,

garantindo a legalidade das provas. Sobre isso, Rogério Greco (2019, p. 322) adverte que "a inobservância da cadeia de custódia compromete a confiabilidade da prova, podendo levar à nulidade processual".

Dessa forma, a cadeia de custódia é um pressuposto essencial para a validade da prova, devendo a licitude do acesso a registros telefônicos observar os requisitos previstos na Lei nº 9.296/1996, onde havendo a inobservância dos elementos conforme parágrafo único do Art. 2ºda referida lei “Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”, sua violação se torna passível de impugnação pela defesa, sob pena de afronta aos princípios constitucionais e processuais.

A Teoria da Proporcionalidade e a Ponderação de Direitos

O acesso a registros telefônicos sem autorização judicial levanta um dilema entre segurança pública e privacidade. Para resolver essa questão, o STF utiliza a Teoria da Proporcionalidade de Robert Alexy (2011), que propõe um método de ponderação de direitos fundamentais conflitantes.

> *O princípio da proporcionalidade consiste em três subprincípios: o princípio da adequação, segundo o qual a medida adotada deve ser capaz de atingir o objetivo pretendido; o princípio da necessidade, que exige que entre várias medidas igualmente eficazes seja escolhida a menos restritiva aos direitos fundamentais; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que impõe que os benefí-*

> *cios obtidos pela medida adotada sejam superiores às restrições impostas aos direitos fundamentais envolvidos." (ALEXY, 2011, p. 94).*

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2024), a proporcionalidade exige que qualquer restrição a direitos fundamentais seja necessária, adequada e proporcional em sentido estrito, evitando abusos estatais. Aplicando esse conceito ao Tema 977 do STF, percebe-se que, embora o sigilo das comunicações seja protegido constitucionalmente, em situações excepcionais, como crimes graves e urgência comprovada, o acesso direto a registros telefônicos pode ser justificado, desde que devidamente fundamentado.

Seguindo a linha de raciocínio em relação a relativização dos direitos fundamentais dos indivíduos e suas garantias de inviolabilidade quanto a vida privada (íntima) a inviolabilidade das comunicações, no entanto, existe uma ponderação e limitações quanto a essas garantias conforme elucida SARLET Ingo (2024):

> *há que reconhecer que a Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais relevantes (no caso, portanto, de uma restrição implicitamente autorizada pela Constituição Federal).*

A limitação e restrição dos direitos fundamentais individuais, segundo Edson R. Saleme (2022) já estava prevista na própria Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 89, contendo a seguinte redação.

> *Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.*

Além do mais, as limitações surgem na reserva legal prevista no Art. 5 inciso XII da Constituição Federal, onde precisamente legisla a inviolabilidade do sigilo de correspondência, com a ressalva da ordem judicial deferindo a violação e quando a lei expressamente autoriza para investigação criminal.

Em primeiro lugar, importa frisar que a reserva legal qualificada do art. 5.º, XII, da CF diz respeito às comunicações telefônicas, para as quais foram fixados, já no plano constitucional, dois requisitos: (a) a necessidade de ordem judicial (uma reserva de jurisdição); (b) que a quebra do sigilo tenha por escopo fornecer elementos para a investigação criminal ou instrução processual penal. Sarlet, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel, Direito Constitucional (2024).

Na mesma corrente de pensamento, Rogério Greco (2019), aborda sobre a relativização da garantia constitucional do sigilo das comunicações e o inquérito policial, podendo ocorrer a violação quando preenchido os requisitos da Lei nº 9.296/1996, mediante autorização judicial e quando houver indícios razoáveis da prática de infração penal punida com reclusão.

A Ótica Controvertida dos Ministros do STF e STJ frente aos seus julgados e o Tema 977 de Repercussão Geral

Neste tópico será feito uma análise de julgados do STF e STJ para compreendermos as fundamentações que utilizaram e suas posições acerca do tema, e por mim, analisaremos o Tema 977 no qual seu deu pela matéria possuir Repercussão Geral, compreendendo as controvérsias dessas decisões em conflitos de garantias constitucionais.

Dos julgados do STF e do STJ quanto ao acesso a registros telefônicos

A ilicitude e a licitude das provas obtidas por meio do acesso a registros telefônicos se confundem devido a interpretação do dispositivo constitucional (art. 5 inciso XII da CF/88), onde trata da proteção e inviolabilidade das comunicações de dados, mas a distinção se encontra entre comunicações e armazenamento, verifica-se tal interpretação na fundamentação do Relator Ministro Gilmar Mendes ao julgar o HC 91.867 de 2008 onde conclui que:

> *Primeiramente, sobreleva destacar que não se confundem comunicação telefônica e os registros telefônicos, recebendo, inclusive, proteção jurídica distinta. E, como já enfatizei em outras oportunidades, entendo que não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação 'de dados' e não os 'dados'. (hc 91.867, pg. 14-15).*

O HC 91.867/PA foi matéria de julgamento da possibilidade do acesso a registros telefônicos sem autorização judicial, onde o STF julgou lícitas as provas obtidas sem autorização judicial prévia, reafirmando a

exceção que se consagra justamente onde o registro de dados não possui características elementares de comunicação e sim apenas de armazenamento. Nesta linha foi a fundamentação do Ministro Gilmar Mendes no julgado trazendo a interpretação de apud Tércio Sampaio Ferraz (1993):

> *Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém entra nesta transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados. A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. (p. 447).*

O HC ora discutido, a defesa arguiu a ilicitude das provas devido aos policiais logo após efetuarem as prisões em flagrantes apreenderam os celulares e realizaram a perícia. Tal conduta evidencia-se no Art. 6 inciso II e III do CPP onde incube a autoridade colher os objetos e produzir provas, e assim o fez a autoridade policial na qual encontrou ao acessar o telefone o registro de chamadas com o executor do crime. Assim foi a argumentação do relator Ministro Gilmar Mendes:

Ad argumentadum, abstraindo-se do meio material em que o dado estava registrado (aparelho celular), indago: e se o número estivesse em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão? Ademais, impende lembrar que a Constituição Federal excepcionou a inviolabilidade domiciliar na hipótese de flagrante delito (art. 5º, XI). A própria liberdade sofre restrição no flagrante delito. Um aparelho de celular receberia proteção diversa? A obviedade que resulta da resposta a essas indagações, denota que, não raras vezes, na construção argumentativa desvia-se o foco da tutela constitucional. A proteção jurídica à intimidade, à vida privada, não me parece que tenha o alcance pretendido pelo impetrante. (HC 91.867 p.19).

Concluiu o relator para tanto:

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

> *do, a atitude das autoridades policiais de analisar os últimos registros contidos nos celulares apreendidos é perfeitamente razoável, não havendo que se falar em lesão à intimidade ou à privacidade do corréu Francisco Leite da Silva, tampouco dos pacientes. Não há direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto, sendo certo, também, que esses não podem, a qualquer pretexto, servir de manto protetor de práticas escusas. (p. 19-20).*

Neste sentido, foi a conclusão na qual a votação foi unânime pela segunda turma do STF, seguindo o Voto de Gilmar Mendes no julgado supramencionado entendeu por lícito as provas obtidas no acesso a registros telefônicos sem a ordem judicial.

Mister trazer um julgado de outro órgão supremo como o STJ além do STF para que se verifique a harmonia da compreensão acerca do tema, neste sentido buscou-se trazer o julgado Habeas Corpus Nº 51.531 tendo como relator o Ministro Nefi Cordeiro da sexta turma, onde a discussão apresentada pelo impetrante circunda a possibilidade de realização unilateral da perícia no aparelho de telefone celular apreendido quando da prisão em flagrante sem a alegada imprescindível autorização judicial.

No julgado em debate, a fundamentação dada pelo ministro Nefi Cordeiro foi a seguinte:

> *Entendo não ser imprescindível a decisão judicial para realização de perícia em aparelho celular apreendido pois a lei permite até mesmo a violação de domicílio para efetuar prisão em flagrante. Relato ainda que o Direito Penal e Processual Penal possuem natureza pública, geridos pelo Estado, represen-*

> *tante das vontades e interesses da coletividade. Cito este fato em razão do questionamento da atividade pericial realizada, e saliento que a perícia foi realizada por agentes oficiais do Estado, legalmente incumbidos da realização dos estudos realizados, recaindo sobre eles a necessidade de observação explícita dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, dentre outros. (HC 51331. p.4)*

Assim, a compreensão do voto do relator é de entendimento de que a perícia dos dados armazenados - reitera-se aqui a compreensão já discutida anteriormente da diferença de armazenamento de dados e comunicação de dados - feitas por autoridade policial possui as prerrogativas previstas no CPP, haja vista que estão vestidos com o manto da função oficial, ou seja, determinado por lei, podendo realizar as perícias, e assim concluiu o Relator:

> *Sobre este tema, leciona Nucci (in Código de processo penal comentado / 13. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014) que "perito é o especialista em determinado assunto. É considerado oficial quando investido na função por lei e não pela nomeação feita pelo juiz. Normalmente, é pessoa que exerce a atividade por profissão e pertence a órgão especial do Estado, destinado exclusivamente a produzir perícias". Com essas ponderações, considero válida a prova pericial decorrente da degravação do conteúdo constante do aparelho celular do paciente, inexistindo ainda qualquer ilegalidade a ser sanada. (HC 51331. p.5)*

No entanto, houve ponderação acerca da compreensão pelo pró-

prio Relator, o Ministro Nefi Cordeiro, trouxe a ponderação que o celular hoje em dia existem ferramentas de comunicação além das ligações e sms, agora possuem Whatsapp, Twitter, Facebook, e essas plataformas estão sim, amparadas pelo Art. 5 inciso XII da Constituição Federal e a lei Ordinária 9.472/97 em seu Art. 7 inciso III, no julgado ora em discussão houve acesso aos registros de whatsapp, sendo assim a opinião final do relator:

> *Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de whatsapp obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial. Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.*

No mesmo julgado o Ministro Rogério Schietti Cruz abriu voto-vistas, fazendo a consideração:

> *Não desconheço o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC n. 91.867/PA, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que a Segunda Turma do Excelso Pretório entendeu pela inexistência de coação ilegal na hipótese em que, após a prisão em flagrante, os policiais, ao*

> *apreenderem dois aparelhos de celular, procederam à análise dos registros telefônicos. (...) 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. (HC 51.331, p. 15-16).*

No mesmo voto do Ministro antemencionado, foi possível compreender que atualmente existe uma complexidade entre separar armazenamento de dados e comunicações de dados, haja vista que a troca de informações dos usuários dessas plataformas é em tempo real, em suas palavras:

> *Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea. A partir desse panorama, a doutrina nomeia o chamado direito probatório de terceira geração, que trata de "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais" Por isso, o precedente do HC n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante.(p. 16-18).*

Por fim, o ministro Rogério Schietti Cruz concluiu com a seguinte narrativa:

> *O tema é novo e, salvo o citado precedente do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já passados mais de 10 anos, é ainda sujeito a oscilações. Por ora, e sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito, sigo o entendimento do eminente relator. Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões a priori absolutas. Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente. (p.19).*

Portanto, a análise de registros telefônicos, sem a interceptação do conteúdo das comunicações se torna quase que impossível de realizar, considerando que hoje os celulares-smartphones passaram a possuir uma infinidade de aplicativos que possuem dados pessoas, sensíveis e troca de informações simultânea, não podendo ser realizada a perícia nos registros telefônicos sem acessar algum conteúdo pessoal.

Por fim, no mesmo julgado, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura ponderou a temática observando o caso (Riley vs. California, 573 U.S._2014) nos EUA, onde reconheceram a necessidade de autorização judicial prévia para o acesso a registros telefônicos ao mesmo tempo que o país vizinho Canadá, opinou diferentemente no caso R. v. Fearon (2014

SCC 77, [2014] S.C.R. 621), onde reconheceram a legitimidade dos atos da autoridade policial em acessar os registros telefônicos onde conseguiram por meio das provas obtidas realizar a prisão dos envolvidos no crime.

Não se limitando a esses dois casos, apresentou mais uma ocorrência em semelhança ao Canadá, só que desta vez na Espanha (Pleno, Sentencia 115/2013, de 9 de maio de 2013 – BOE núm. 133, de 4 de junho de 2013), onde os plantadores de haxixe fugiram e deixaram um aparelho telefônico para trás, e as autoridades acessaram sem prévia autorização judicial, localizando os envolvidos e efetuando a prisão.

As decisões envolvidas levaram em consideração alguns elementos que são excepcionais e que devem ser tratados como tal, considerando o risco à vida, a busca deve ser fundada e a prisão deve de ser lícita, podendo dentro destes elementos haver a possibilidade do reconhecimento de licitude das provas, nos votos da Ministra:

> *Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. (...)nenhum argumento que pudesse justificar a urgência, em caráter excepcional, no acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular. Pelo contrário, o que transparece é que não haveria prejuízo nenhum às investigações se o aparelho celular fosse imediatamente apreendido – medida perfeitamente válida, nos termos dos incisos II e III do artigo*

> *6º do CPP – e, apenas posteriormente, em deferência ao direito fundamental à intimidade do investigado, fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados. Com isso, seriam observados, em medida proporcional, os interesses constitucionais envolvidos, isto é, o direito difuso à segurança pública (artigo 144) e o direito fundamental à intimidade (artigo 5º, X). (HC 51.331. p.27).*

Sendo assim, considerou a possibilidade da obtenção de informações mediante a necessária e urgente proteção à vida, a qual é o interesse de segurança pública em confronto ao direito à intimidade, devendo haver nestes casos a relativização de tal direito.

Controverso se torna ao analisarmos a decisão do Ministro Ribeiro Dantas da quinta turma do STJ no julgamento do dia 17/04/2023 em um recurso especial nº 2021/0267348-4, onde sobre o tema sustentou a seguinte fundamentação:

> *3. Quanto à tese de ilegalidade do acesso aos dados de telefone celular, pontuo que "ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem 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, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial" (AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).*

O que surpreende é que as fundamentações da ilicitude se dá pela inviolabilidade da privacidade, não observando que ao mesmo tempo, as provas obtidas nos registros telefônicos comprovam a posse ilegal de arma de fogo, provas obtidas no celular que apontam o paradeiro de cativeiro, onde isso é a proteção do nosso maior direito que é a vida resguardando assim o interesse de ordem pública.

Curioso de se pensar que possa haver dois pesos e duas medidas quando passamos analisar a relativização de direitos em um outro caso de menor complexidade mas que se depara com o mesmo princípio problema, "até onde o direito fundamental é inviolável e em que circunstâncias deve haver a supressão deste direito". Verifica-se a controvérsia na decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Criminal Nº 5042553-48.2022.8.24.0038/SC, onde o réu teria sido denunciado pelo crime no art. 29, § 1º, III, da Lei 9.605/98 - caça ilegal, onde em primeira instância, o acusado teria sido absolvido pois os policiais ao receberem a denúncia entraram na casa sem prévia autorização judicial, encontrando animais em cativeiro, sendo as provas entendidas como ilicitas diante da violação do domicilio e privacidade, sendo estes direitos fundamentais.

No caso em comento o Desembargador Sérgio Rizelo fundamentou a licitude na arguição das seguintes razões:

> *1. É legítimo o ingresso em casa sem consentimento do morador, por configuração da exceção constitucionalmente prevista em caso de flagrante delito à garantia de inviolabilidade, quando, conforme a justificativa dada posteriormente pelos policiais militares ambientais, o se-*

> *tor de inteligência da corporação recebeu denúncias de que o acusado praticava caça ilegal e mantinha pássaros em cativeiro e, quando chegaram à frente da residência dele, após subirem uma rampa de acesso que não contém nenhum obstáculo físico, do lado de fora observaram a presença de gaiolas com pássaros silvestres penduradas nas paredes externas da casa, além de armadilhas próprias para a caça, de modo que havia motivação prévia séria, objetiva e racional para que concluíssem que havia um delito ambiental em curso e entrassem na residência.*

E assim, em decisão unânime firmou-se o acórdão pela Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, onde conheceram do recurso e da licitude das provas obtidas por meio de uma supressão de um direito fundamental.

Seguindo ainda em análise sobre os julgados e a relativização dos direitos fundamentais, voltasse os olhos para o Supremo Tribunal Federal, em julgado o Recurso Extraordinário 603.616, pelo Ministro Gilmar Mendes, onde discutem a ilicitude ou licitude das provas apreendidas durante a busca em domicílio no período noturno sem o mandado judicial.

No julgado supramencionado, o Ministro relator faz uma breve compreensão do entendimento da supressão do direito à inviolabilidade do domicílio, comparando as Constituições de outros países, chegando à seguinte conclusão de análise:

> *Um terceiro grupo de texto vai além, criando reserva judicial para a expedição de mandado de busca e apreensão e estabelecendo exceções, nas quais é tolerado o ingresso sem autorização judicial. Nessa linha, estão as seguintes constituições e as*

> *respectivas exceções: Alemanha: caso a demora implique perigo; Portugal: flagrante delito; Espanha: flagrante delito; Japão: flagrante delito; Paraguai: flagrante delito, impedir perpretação de crime ou evitar danos à pessoa ou à propriedade; Angola: flagrante delito ou situação de emergência, para prestação de auxílio.*

As Constituições dos países que as quais recepcionaram o Pacto de San José da Costa Rica, criaram exceções no caso de que a morosidade implique em perigo, possa causar danos à pessoa ou à propriedade, ou seja, situações de emergência que possam vir a violar a integridade da persona ou patrimonial.

Seguindo a linha de raciocínio do ministro relator, ainda faz a seguinte observação:

> *A busca e apreensão domiciliar é uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal. Abusos podem ocorrer, tanto na tomada da decisão de entrada forçada quanto na execução da medida. As comunidades em situação de vulnerabilidade social são especialmente suscetíveis a serem vítimas de ingerências arbitrárias em domicílios.*

Na esteira da possibilidade da violação do direito à inviolabilidade domiciliar evoluindo o tema, o Ministro elucida que deve-se haver justa causa para adentrar em domicílio alheio, devidamente fundado, caso contrário seria uma arbitragem:

> *A proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização,*

> *não depois. Esse princípio é adotado pelo direito norte-americano, na medida em que não dispensa o mandado em situações de crime em curso, salvo se a busca imediata decorrer de circunstâncias exigentes – "exigent circumstances" –, assim consideradas "as circunstâncias que levariam uma pessoa razoável a crer que a entrada era necessária para prevenir o dano aos policiais ou outras pessoas, a destruição de provas relevantes, a fuga de um suspeito, ou alguma outra consequência que frustre indevidamente esforços legítimos de aplicação da lei"*

Neste sentido, assim foi fundado o voto do Ministro Gilmar mendes em que acompanhou a maioria dos demais votos, em que é possível ser lícito a conduta e provas obtidas quando devidamente amparados em justa causa, flagrante em delito, desde que haja conhecimento anterior sobre oque está ocorrendo, não configurando assim arbitrariedade:

> *a) resolvo a questão com repercussão geral, estabelecendo a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados;*

Destarte, se faz a indagação do porquê em uma situação como o caso do tema ora em debate é inviolável o acesso somente quando aparelho abandonado, ou seja, não existe supressão de direito fundamental mesmo que haja neste caso justa cau-

sa, e de outro lado como os julgados anteriores de inviolabilidade domiciliar que parece ter ou que deveria ter uma tutela maior ainda, haja vista ser o asilo, merece a supressão.

Repercussão Geral Tema 977 do STF e a licitude do acesso a registros do aparelho telefônico

Após ter discorrido acerca dos princípios envolvidos e sua supressão, os julgados do STF e STJ, não esgotando o tema, mas suficiente para a finalidade do artigo aqui proposto, necessário se faz a análise da decisão do Tema 977, o STF, consolidou entendimento sobre o acesso a dados armazenados em aparelhos celulares, estabelecendo balizas para sua utilização em investigações criminais. A tese fixada reforça a necessidade de consentimento do titular dos dados ou prévia autorização judicial, nos termos dos artigos 7º, III, e 10, §2º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), garantindo a proteção dos direitos fundamentais à intimidade, privacidade e autodeterminação informacional, conforme o artigo 5º, X e LXXIX, da Constituição Federal, decisão aqui colacionada:

> *Decisão: Após o voto-vista do Ministro Cristiano Zanin, que acompanhava, com ressalvas, o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), para negar provimento ao agravo em recurso extraordinário e propor a seguinte tese de repercussão geral para o Tema 977: 1. O acesso a dados obtidos a partir de aparelhos celulares depende do consentimento do titular dos dados ou de prévia decisão judicial (arts. 7º, III, e 10, § 2º, da Lei n. 12.965/2014) que justifique, com base em elementos concretos, a proporcionalidade da medida e delimite sua abrangência à luz dos direitos fundamentais*

à intimidade, à privacidade, à proteção dos dados pessoais e à autodeterminação informacional, inclusive nos meios digitais (art. 5º, X e LXXIX, CR). 2. A apreensão do aparelho celular, nos termos do art. 6º do CPP, ou em flagrante delito, não está sujeita à reserva de jurisdição. 3. Nas hipóteses de acesso não consentido a dados de telefone celular, a celeridade se impõe, devendo a autoridade policial atuar com a maior rapidez e eficiência possível e o Poder Judiciário conferir tramitação e apreciação prioritárias aos pedidos dessa natureza, inclusive em regime de plantão. Apenas excepcionalmente será possível a preservação dos dados e metadados do titular do dispositivo, antes da autorização judicial, caso em que a autoridade policial deve (i) justificar o fundado receio de que os dados sejam eliminados pelo seu titular ou por terceiros e (ii) demonstrar, por meios técnicos, que não foi realizado nenhum outro tratamento desses dados; e do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), que conhecia do agravo e dava-lhe provimento para dar provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público do Rio de Janeiro, determinando que o Tribunal de origem prossiga no julgamento da apelação da defesa (o TJ/RJ deve examinar as teses veiculadas pela defesa na apelação, consistentes, basicamente, nos questionamentos com relação à dosimetria da pena. Obs: na apelação, a defesa não cogitou de nulidade da prova), propondo a fixação da seguinte tese de julgamento: A autoridade policial pode examinar, independentemente de autorização judicial, os registros das últimas chamadas e a agenda de contatos telefônicos armazenados em aparelho celular abandonado pelo acusado no local do crime,

> *o processo foi destacado pelo Ministro Flávio Dino. Plenário, Sessão Virtual de 21.2.2025 a 28.2.2025.*

Diante da ementa colacionada, destaca-se aqui a tese firmada: "A autoridade policial pode examinar, independentemente de autorização judicial, os registros das últimas chamadas e a agenda de contatos telefônicos armazenados em aparelho celular abandonado pelo acusado no local do crime" a qual passaremos a analisar observando os julgados anteriores.

O relator do julgado foi o Ministro Dias Toffoli na repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 1.042.075, onde a origem do debate se saiu do acórdão com o seguinte resultado:

> *O apelo excepcional, interposto, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, por suposta ofensa ao art. 5º, incisos XII e LVI, da Constituição Federal, teve como escopo o acórdão com que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reconhecendo a ilicitude de prova e segundo a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada, absolveu o recorrido com fulcro no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal (fls. 232 a 239 e-STJ), em julgado assim ementado;*

A origem da discussão se situa no roubo na Tijuca, onde após agressão de uma munícipe do Rio de Janeiro o acusado deixou cair um celular logo após lograr êxito no roubo e com isso a polícia por meio da galeria de fotos identificou os infratores e conseguiram realizar as diligências para recuperação dos bens tomado, vejamos narrativa:

A ESPOLIADA SAÍA DE DETERMINADA AGÊNCIA DO BANCO CITIBANK E FOI ABORDADA POR GUILHERME, QUEM APRESENTOU O ARTEFATO VULNERANTE E ANUNCIOU O CRIME, O QUE FEZ COM QUE APARECIDA INICIALMENTE RESISTISSE, SEGURANDO A BOLSA QUE PORTAVA E DISPUTANDO A POSSE DESTA COM O RAPINADOR, QUEM EMPURROU AQUELA, FAZENDO COM QUE A MESMA CAÍSSE AO CHÃO E APÓS O QUE GUILHERME PASSOU A BATER COM A CABEÇA DESTA AO SOLO, ATÉ LOGRAR SUBTRAIR A MENCIONADA BOLSA, EMPREENDENDO FUGA EM SEGUIDA, A PARTIR DO EMBARQUE EM UMA MOTOCICLETA CONDUZIDA PELO SEU COMPARSA, QUEM O AGUARDAVA DURANTE A FUGA, O IMPLICADO DEIXOU CAIR UM APARELHO DE TELEFONIA CELULAR, O QUAL FOI ARRECADADO POR POLICIAIS CIVIS, QUE VERIFICARAM A EXISTÊNCIA DE FOTOGRAFIAS DO IMPLICADO NA MEMÓRIA DO APARELHO, O QUE NORTEOU A REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS QUE POSSIBILITARAM A IDENTIFICAÇÃO E PRISÃO DO RECORRENTE,

O crime ocorreu em 2017, ficando sobrestado até dia 28/02/2025 quando fixaram a tese de repercussão geral do tema 977, onde o Ministro Dias Toffoli, fundamentou a decisão:

> *Apenas excepcionalmente será possível a preservação dos dados e metadados do titular do dispositivo, antes da autorização judicial, caso em que a autoridade policial deve (i) justificar o fundado receio de que os dados sejam eliminados pelo seu titular ou por terceiros e (ii) demonstrar, por meios técnicos, que não foi realizado nenhum outro tratamento desses dados;*

Com base na fundamentação colacionada e na qual acompanhou os votos dos demais ministros, passou a existir a Tese "A autoridade policial pode examinar, independentemente de autorização judicial, os registros das últimas chamadas e a agenda de contatos telefônicos armazenados em aparelho celular abandonado pelo acusado no local do crime".

Considerações Finais

A discussão em torno da licitude do acesso a registros telefônicos revela-se um campo de tensão entre o respeito aos direitos fundamentais e a efetividade da persecução penal. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, inciso XII, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, admitindo a supressão apenas em algumas exceções (i) justificar o fundado receio de que os dados sejam eliminados pelo seu titular ou por terceiros e (ii) demonstrar, por meios técnicos, que não foi realizado nenhum outro tratamento desses dados.

No entanto, ao analisar os julgados do STF e do STJ, a controvérsia se estabelece em duas situações distintas, onde ao tratar da inviolabilidade do domicílio sem autorização judicial, percebe-se uma flexibilização maior na supressão da tutela dos direitos fundamentais previstos no Art. 5 da Constituição de 1988, porquanto

ao se tratar da análise da inviolabilidade dos dados do aparelho telefônico sem autorização judicial, não vemos a mesma flexibilização.

Ao tratar do assunto na Repercussão Geral do Tema 977 pelo STF, presidida pelo Ministro Dias Toffoli, firmaram a possibilidade de ocorrer o acesso quando o celular for abandonado pelos infratores. Contudo, como discutido dos outros julgados, nem todos os casos o celular foi abandonado, outros foram realizados na abordagem na qual possibilitou a localização dos cúmplices do crime, local de cativeiro, comprovação da posse de arma ilegal.

O estado de "urgência" deve merecer uma apreciação mais branda acerca do tema, pois as garantias constitucionais não são absolutas, merecendo uma supressão de tais direitos quando das provas obtidas resultarem em paradeiro de cativeiro, os elementos de autoria e de materialidade para o Processo Penal.

Além do mais, mister adentrarmos no Art. 6 do CPP na qual as autoridades estão munidas para apreensão de objetos e colher todos os meios de provas para o esclarecimento dos fatos, embora haja a garantia da inviolabilidade, tal garantia é relativizada pelo próprio legislador e por Constituições de outros países também. Pois o legislador quando previu na lei, será que considerou as garantias no caso de flagrante? Das provas do paradeiro de cativeiro? opino que não.

Da mesma forma a ponderação da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, e dos casos narrados, onde no Canadá e Espanha lograram êxito na solução de crimes, pois admitiram a licitude das provas obtidas pelo aparelho telefônico, a decisão do Tema 977 nos trouxe a possibilidade do acesso a registros telefônicos em caso

de abandono do aparelho pelo bandido.

Conclui-se para fins deste artigo que é lícito ao acesso de registros telefônicos desde que o celular tenha sido abandonado no local do crime pelo agente infrator, oque acredito que merecia reforma na tese firmada pelo Supremo, onde seria possível o acesso desde que o aparelho estivesse na posse do agente preso em flagrante, assim se dando uma efetividade maior para as diligências policiai e solução de crimes.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRECO, Rogério. Direito Penal. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 39. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023.

PECK, Patrícia. Direito Digital Aplicado 4.0. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SALEME, Edson R. Direito Constitucional. 5. ed. Barueri: Manole, 2022.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.