

ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS NO WHATSAPP, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, SEGUNDO STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO

DANTAS BARBOSA, Maycon¹
CARNEIRO DE REZENDE, Guilherme²

RESUMO:

O presente artigo, apresenta uma análise sobre a decisão do STJ (STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO), em que considera nulas as provas adquiridas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas presentes no celular do suposto autor de fato criminoso, preso em flagrante ou logo após o fato. Busca aprofundar um estudo sobre o alcance da colheita de provas no processo penal, consubstanciado no direito a segurança (art. 5º e 6º caput e 144 da CF/88), contraposto com os princípios constitucionais da inviolabilidade da vida privada das comunicações telegráficas, dos dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, X e XII da CF/88). A amplitude de direitos constitucionais que se contrapõe, em relação em um único tema. Provas que serão consideradas nulas ou ilícitas se forem obtidas havendo violação de normas constitucionais ou legais. A dificuldade gerada pelos novos meios de comunicação, devido a mudança repentina no contexto fático. Analise se há violação da ampla defesa e o contraditório, processo penal, assim como, a presunção de inocência. A importância das provas para o livre convencimento do juiz e a tentativa de se chegar mais próximo a verdade real dos fatos. Os direitos fundamentais conflitantes e a ponderação destes. E no fim demonstrar que a superação de entendimento jurisprudencial deve ocorrer.

PALAVRAS-CHAVE: princípios, provas, processo penal

UNLAWFUL EVIDENCE OBTAINED ON WHATSAPP, WITHOUT PRIOR JUDICIAL AUTHORIZATION, ACCORDING TO STJ. 6th Class. RHC 51.531-RO

ABSTRACT:

This article presents an analysis of the decision of the STJ (STJ. 6th Panel. RHC 51.531-RO), in which it considers null the evidence acquired by the police of the extraction of data and conversations present on the cell phone of the alleged perpetrator of a criminal fact, arrested in the act or shortly after the fact. It seeks to deepen a study on the scope of the collection of evidence in criminal proceedings, embodied in the right to security (art. 5th and 6th caput and 144 of the CF / 88), opposed to the constitutional principles of the inviolability of the private life of telegraphic communications, data and telephone communications (art. 5, X and XII of CF / 88). The breadth of opposing constitutional rights in relation to a single theme. Evidence that will be considered null or illicit if previous there is a violation of constitutional or legal norms. The difficulty generated by the new media, due to the sudden change in the factual context. Analyze the violation of the broad defense and the adversary system, criminal proceedings, as well as the presumption of innocence. The importance of the evidence for the judge's free conviction and attempt to get closer to the real truth of the facts. Conflicting fundamental rights and their consideration. And in the end demonstrate that the overcoming of jurisprudential understanding must occur..

KEYWORDS: principles, evidence, criminal procedure.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: mdbarbosa@minha.fag.edu.com.br

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: guilhermerezenende@minha.fag.edu.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, apresenta uma análise sobre a decisão do STJ (STJ. 6.^a Turma. RHC 51.531-RO), em que considera ilícitas as provas adquiridas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas presentes no celular do suposto autor de fato criminoso, preso em flagrante ou logo após o fato, sem prévia autorização judicial. Analisa qual o impacto dessa decisão para o processo penal, e até que ponto deve ser garantido os princípios da inviolabilidade previstos no Art. 5.º, incisos X e XII, da Constituição Federal, confrontando, com o direito a segurança e o dever do Estado de provê-la. Através do conflito dos direitos que ensejam a discussão acerca do assunto, analisar se o entendimento aplicado até o momento é o mais correto. Isso, por que na atual conjuntura, ter acesso ao celular de alguém é como ter a vida da pessoa nas mãos, podendo ajudar na coleta de provas para a instrução do processo. O artigo se desenvolve inicialmente com a definição da prova e sua importância para o processo, em seguida aborda o princípio da ampla defesa e do contraditório, para só então adentrar no princípio da liberdade dos meios de prova e suas limitações, em seguida ao leitor é levado ao compreender o que são consideradas provas ilícitas, e a seguir seja trazido a baila a decisão objeto da discussão desse artigo; o próximo tópico aborda o que são os direitos fundamentais, e faz a ponderação do choque de direitos, sob a ótica da necessidade da celeridade do processo penal o último assunto abordado será a relativização dos direitos fundamentais. A presente pesquisa bibliográfica, busca levar o leitor a avaliar a complexidade da matéria, para que assim, ao final consiga entender e formar sua própria opinião sobre, se a decisão do STJ é a mais acertada e deve ser mantida, relativizada ou até mesmo mudada totalmente.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DA TEORIA GERAL DA PROVA

De início, cumpre esclarecer a definição de prova no processo penal, pode ser conceituada como tudo que contribui para o livre convencimento do juiz, apresentadas por ambas as partes, ou seja, defesa e acusação. É através delas que se busca obter a maior proximidade da verdade real dos fatos.

Conforme Fernando Capez (CAPEZ, 2010), sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual.

Nucci (2014), no que lhe concerne contribui definindo a prova, inicialmente buscando a origem da palavra que se origina do latim *probatio*, que significa: ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Mais afundo expõe a derivação da palavra que é o verbo provar ou *probare*, que nesse contexto tem o significando de ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a algo ou demonstrar.

A propósito, Lopes Jr. (2017) informa que o processo penal e a prova integram os modos de construção do convencimento do julgador que influenciará na sua convicção e legitimará a sentença. Esse é o objetivo da prova, “decretar” a culpa ou a inocência de um acusado.

Nessa vereda adentra o benefício do *in dubio pro reo*, pois não deve restar dúvidas em relação a uma prova levantada em desfavor do acusado, de tal modo que na dúvida será interpretada em favor deste.

Em seguida, partindo do pressuposto que todos são considerados inocentes até que se prove o contrário, ou seja, ou em outras palavras, conforme “5º, LVII CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). “Pode-se afirmar que as provas são à base do processo penal, tanto para a acusação quanto para a defesa, onde o primeiro terá a obrigação de comprová-las e a outra parte acusada, usar do benéfico da ampla defesa e do contraditório de modo a impugná-las”.

O Código Penal brasileiro, Lei 3.689/41, exemplifica claramente o que acima foi dissertado em seu artigo 155:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941, art. 155).

Quanto a classificação das provas se dá pelo **valor, objeto, sujeito e forma**. (CAPEZ, 2011, grifo nosso). Além disso, dentro desta classificação há várias subdivisões, as quais irão valorar a capacidade probatória desta.

O **valor** divide-se em **plena** a **não plena**, em que a primeira é cabal, convincente e incontestável, já a segunda não traz certeza sobre o fato, é apenas um indício; quanto ao **objeto** será **direta** quando comprovar elementos típicos da norma de um crime, e **indireta** quando se chega ao fato principal através do raciocínio lógico; a terceira divisão é o **sujeito**, que pode ser **real** e engloba, lugar, arma, pegadas, ou **pessoal** que é um depoimento de alguém que visualizou o fato; por último a **forma**, que por sua vez subdivide-se em: **testemunhal** que são os depoimentos prestados, **documental** que são documentos produzidos e constantes no processo e **material**, que se refere ao meio físico, químico ou biológico como o exame de corpo de delito (CAPEZ, 2011, grifo nosso).

2.2 DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Prima facie, cumpre ressaltar para que fique claro a importância de se obter provas para a condenação de alguém, a Constituição Federal estampa em seus art. 5.º, inciso LVII, o Princípio da Presunção de Inocência, também denominado “princípio da não culpabilidade”, o qual estabelece que todas as pessoas devem ser consideradas inocentes até que se prove o contrário, este, alinhado com a incumbência do ônus da prova, presume-se que o réu é inocente, e cabe a acusação provar o contrário.

Quando tratamos deste tema, é muito importante explicar sobre, de quem é o ônus da prova no processo penal, nesse sentido define, Lopes Jr. (2017), que todo ônus da prova é da acusação, ou seja, cabe-lhe demonstrar fato típico, ilicitude e culpabilidade. Sendo que a inércia do réu em relação à prova é de assunção de riscos, isto é, ele assume o risco de ser condenado se não combater a acusação na fase instrutória.

Já no entendimento de, Polastre Marcellus (2018), com fulcro no art. 156, CPP, que estatui que: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”; apregoa que o ônus da prova é dividido entre acusação e defesa, ou seja, cabe a acusação provar autoria e materialidade e ao réu comprovar a presença de eventuais excludentes.

Outro princípio que norteia a produção de provas em todo o processo, mas principalmente na fase inquisitiva é o princípio (garantia) da não autoincriminação, já reconhecido e pacificado pela jurisprudência brasileira, em especial, - STF - HC 96.219-SP,

rel. Min. Celso de Mello.

Pode-se ver a aplicação direta de tal princípio supracitado no art. 186 p. ú, do CPC, o qual estampa a regra que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”, ou seja, ninguém que se recusar a produzir prova contra si, pode ser prejudicado juridicamente.

O acima exposto aplicado ao contexto da decisão do STJ, tema principal deste artigo, corrobora e reafirma com a decisão dada em considerar ilícita as provas colhidas sem autorização judicial, já que, ninguém será obrigado a gerar provas contra si mesmo não será obrigado a fornecer os dados contidos no celular e caso seja compelido ou obrigado, importará na nulidade das provas ali colhidas.

2.3 A LIBERDADE DOS MEIOS DE PROVA E SUAS LIMITAÇÕES

Segundo Paulo Rangel (2008), meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente utiliza para conhecer a verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar sua convicção acerca dos fatos ou coisas.

Baseado no Princípio da Liberdade Probatória, para o convencimento do juiz, as partes poderão alegar fatos relevantes e pertinentes por qualquer meio de prova, mesmo os não especificados em lei, desde que não estejam expressamente proibidos.

Segundo Demercian e Maluly (2005) prova é tudo aquilo que pode ser aproveitado para se poder comprovar os acontecimentos afirmados e perseguidos no processo. São os mecanismos essenciais para que seja confirmada a existência ou não da verdade de um fato.

Já o meio de prova é tudo o que possa ser utilizado para a demonstração da ocorrência dos fatos alegados, é a produção da prova, são os instrumentos necessários, como, por exemplo, uma interceptação telefônica, ou um mandado de busca e apreensão.

Mirabete (2006), descreve que como no processo penal brasileiro vigora o princípio da verdade real, não há limitação para os meios de prova, dado que, o cerne é a busca da verdade material ou real, que está na imposição de comprovação dos fatos imputados ao réu, em outras palavras, a atividade probatória do juiz, demanda que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, para que as partes possam usar as provas livremente. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real, portanto, a justa aplicação da lei.

No entanto, há de se diferenciar os meios de prova que não possuem limitações da forma

que são obtidos, pois, a forma de obtenção é limitada expressamente em lei, com previsão na Constituição Federal, artigo 5.º, incisos X e XII, e pelo próprio CPP, artigo 157. Tema esse que será abordado e aprofundado em tópico específico a seguir, por ora, limita-se em concluir que, qualquer tipo de prova pode ser levado ao processo, mas a forma que esta foi obtida pode torná-la ilegal.

2.4 DAS PROVAS ILÍCITAS

Inicialmente, antes de adentrar ao assunto da ilicitude das provas, insta salientar que a base da discussão acerca do assunto encontra-se nos incisos X e XII do art. 5.º da CF/88, os quais dão azo ao fundamento da norma estampada no art. 157 e incisos do CPP, art. 5.º, LIV da CF/88 e art. 7, III da Lei nº 12.965.

Juristas e doutrinadores descrevem que as provas são os olhos do processo, pois através destas os debates se desdobram. Em outros termos, pode-se dizer ela tem como escopo formar a persuasão do juiz. Dito isso, percebe-se a relevância desse tema na ciência processual, visto que, conforme o doutrinador Capez (2010) o objeto da prova é reafirmar uma circunstância, fato ou alegação, sobre os quais há dúvida, e que devem ser comprovados perante o juiz para o convencimento deste.

Para o presente trabalho, perante a pertinência dessa temática, vale frisar que a prova proibida ou vedada possui duas espécies: a ilegítima, que é aquela produzida com afronta à norma de natureza processual, e a ilícita, que é a prova produzida afrontando normas de direito material, sendo que o presente artigo abordada somente esta última, que se caracteriza em razão do meio que foi obtida.

A título de informação para ficar claro a diferença existente as ilegítimas, por exemplo, são as obtidas com afronta aos artigos. 207, 210, 226 e 243, §2º, do Código de Processo Penal.

Nessa vereda, as ilícitas são aquelas cujas formas que foram alcançadas infringem as normas de direito material e constitucional e não podem ser aceitas.

Conforme Alexandre de Moraes, (2011), as provas ilícitas não podem ser confundidas com as ilegais ou as ilegítimas, pois, provas ilícitas são aquelas que adquiridas com transgressão ao direito material, as ilegítimas são as obtidas sem o devido respeito a norma processual. No que diz respeito as ilegais, estas são a espécie do qual as naturezas ilícitas e as ilegítimas configuram-se, pela forma que são obtidas, com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

A constituição Federal estabelece em seu artigo. 5.º, inciso LVI, que: “são

inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, (BRASIL, 1988).

Ao mesmo tempo, em que há disposição expressa no Código de Processo Penal brasileiro.

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. **§ 4º** (VETADO).

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão (BRASIL, 1941, art. 157).

A propósito, em 23 de abril de 2014 foi sancionada a Lei n.º 12.965, denominada Marco Civil da Internet, a qual estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, sendo que esta em sua norma infraconstitucional, art. 7.º, inciso III, no capítulo dos direitos e garantias do usuário, prevê a inviolabilidade e o sigilo das comunicações privadas armazenadas (dados armazenados) salvo por ordem judicial (BRASIL, 2014).

A norma infraconstitucional citada acima, como se pode ver corrobora, com os já citados dispositivos legais, todavia, destaca-se que esta é a mais recente que trata do assunto em questão, e diretamente sobre o enfoque da comunicação no contexto atual, pois a interpretação dada à norma constitucional e no processo penal se dá por extensão do entendimento.

Destarte, os supracitados artigos, ditam o rito de obtenção de provas, impondo ao processo, limites em relação ao meio para obtenção destas. Para ficar ainda mais claro a guisa de exemplo da ilicitude pelo meio de obtenção, pode-se citar: confissões obtidas sob tortura, objetos coletados com violação do domicílio, áudios gravados em interceptações telefônicas não autorizadas judicialmente ou autorizadas por decisão judicial sem fundamentação.

2.5 DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

São dois princípios contidos dentro da mesma norma constitucional, os quais são os mais importantes garantidores dos direitos do acusado dentro do sistema acusatório.

A Constituição Federal, no rol de direitos fundamentais prevê em seu artigo 5.º, inciso

LIV, que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Desta forma impõe a todos os processos o princípio de devido processo legal.

Em seguida no próximo inciso do mesmo dispositivo legal fundamentado no anterior está a previsão do princípio da ampla defesa e do contraditório, pois seguindo a esteira de raciocínio, o legislador constitucional de 1988, previu expressamente as garantias legais aludidas no inciso LV, do artigo 5.º, dando a este a seguinte redação: “Artigo 5.º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; (BRASIL, 1988).

A ampla defesa corresponde ao direito do acusado de se valer de todos os meios a seu dispor para alcançar seu direito e provar sua inocência, seja através de provas ou de recursos. Este, por sua vez obriga as autoridades a observarem o pleno direito de defesa aos acusados. Significa, em resumo, que ao indiciado/acusado é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação que lhe é feita.

Já o contraditório as partes devem ser ouvidas e ter oportunidades de manifestação em igualdade de condições, tendo ciência bilateral dos atos realizados e dos que irão se realizar, bem como oportunidade para produzir prova em sentido contrário àquelas juntadas aos autos.

Os dois princípios fundamentais de garantias individuais, no processo penal se fundem, de modo que um ampara o outro, evitando decisões injustas (não fundamentadas) e precipitadas, proporcionando ao acusado todo um rito a ser seguido e lhe assegurando ter acesso, participar, alegar e se manifestar a cada ato do processo.

2.6 DECISÃO DO STJ (STJ. 6ª TURMA. RHC 51.531-RO)

O Superior Tribunal de Justiça tomou posicionamento em relação a um fato ocorrido, em que uma pessoa foi presa em flagrante, logo, a autoridade policial presente acessou o conteúdo do aparelho celular do flagrantado, e nas conversas do WhatsApp verificou haver provas do crime de tráfico, da mesma maneira verificou também a prática de diversos outros crimes. Posteriormente o Ministério Público utilizou-se desses dados obtidos como base para o oferecimento da denúncia.

A defesa do réu no que lhe concerne, alegou em sua tese que tais elementos informativos utilizados na denúncia eram nulos. Segundo argumentou o advogado do réu, após a apreensão do celular, a polícia teria que ter requerido ao juízo autorização para consultar o conteúdo do aparelho, pois esses dados estariam protegidos pela inviolabilidade das comunicações e da vida privada. Diante disso, requereu que as "provas" colhidas fossem declaradas nulas e

desentranhadas do processo.

Assim o debate chegou até o STJ, que se manifestou no mesmo sentido da defesa do réu. Segue o acórdão da decisão proferida:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (STJ - RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA. Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Em consonância está a 5.^a Turma do STJ do Rio Grande do Norte, assim como diversas outras instâncias superiores, que vem reafirmando o entendimento que segue:

Na ocorrência de autuação de crime em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, por meio de sistemas de informática e telemática. STJ. 5.^a Turma. RHC 67.379-RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2016 (Info 593).

Como se vê, é passivo até então entre os Tribunais de Justiça tal entendimento, porém o assunto embora muito recente gera divergência entre os juristas, devido ao choque de normas as quais respaldam a decisão, e com o interesse processual penal.

Como se era esperado e por se tratar de normas constitucionais o debate chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), e em 2019 após o pedido de vistas da Ministra Carmen Lucia foi suspenso o julgamento do Habeas Corpus (HC 168052) em relação ao tema.

No final do ano de 2020, o julgamento foi retomado e o relator Ministro Gilmar Mendes, concluiu pela ilicitude das provas que deram origem à apuração de todo o processo que levou à condenação, pois esse somente ocorreu após o acesso indevido ao celular e o ingresso desautorizado residência do indivíduo, por estas razões declarou a nulidade das provas obtidas mediante o acesso indevido ao aplicativo WhatsApp e à residência, ainda determinou que fossem consideradas nulas as demais provas por derivação do ato ilícito inicial, por fim declarou nulo o processo, determinando o trancamento da ação e a absolvição do acusado.

Contundo destacasse que o caso fático analisado no HC 168 052, acima descrito, não se trata de situação de flagrante delito como o caso analisado pelo STJ e sim de abordagem

policial, logo em seguida o ingresso na residência e a busca no aparelho celular.

Porém, vale enfatizar, que o próprio relator, sob a alegação de relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, enunciou o seguinte:

"O acesso direto a aparelhos telefônicos e à residência de suspeitos sem autorização judicial, **fora das hipóteses de flagrante** e sem a adoção de procedimentos bem delimitados que garantam a observância dos direitos fundamentais dos indivíduos também conflita com o direito fundamental à não autoincriminação." (STF - HC: 168052 SP 0017874-45.2019.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 02/12/2020, grifo nosso)

Fica claro, que não se trata do mesmo contexto e que o entendimento quando ao acesso do celular na situação de flagrante tente a ser mudado.

O STF no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo - ARE n.º 1042075, de Repercussão Geral, que até a presente data não há um posicionamento da casa consolidado, o relator Ministro Dias Toffoli, proferiu o seguinte voto:

É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou a agenda de contatos de **celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado**, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações à intimidade ou a privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII)." (STF, Plenário, ARE 1042075, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão de 30/10/2020 - Repercussão Geral, grifo nosso).

Note, que são casos distintos, mas que, dado o contexto, demonstra a inclinação de que quando se tratar de flagrante delito e celular apreendido em ato contínuo em local de crime, pode ser o entendimento dado pelo STJ, superado.

Em suma, tudo indica que o entendimento dado pelo STJ, o qual é objeto de discussão do presente artigo, poderá ser mudado e deve haver a superação da jurisprudência firmada no RHC 51.531-RO, em casos de flagrante delito, que o celular seja apreendido no local no crime ou logo após este com indícios de autoria.

2.7 DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFLITANTES NA RHC 51.531-RO. STJ. 6.^a TURMA

Os direitos fundamentais são direitos protetivos, que garantem a todos sem distinção, tanto, condições mínimas baseados na dignidade da pessoa humana, quanto, asseguram um

limite para a intervenção estatal.

Alexy apud Carvalho (2009) entende por direitos fundamentais aqueles constitucionalmente válidos.

Segundo Canotilho (1998), são jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente, ou seja, estão diretamente positivados em determinado ordenamento jurídico, reconhecendo tais direitos através de uma constituição.

A Constituição da República de 1988 trouxe em seu texto normativo um rol de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, estampado dos artigos 5.º ao 17, os quais o indivíduo brasileiro e a sociedade desfrutam de forma contínua.

O direito a segurança pode ser visualizado no Título II dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I que trata Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos no Art. 5º caput, o qual assegura a todos os brasileiros natos ou naturalizados e ainda os estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade (BRASIL, 1988).

Também está estampada no Capítulo II, Dos Direitos Sociais, art. 6º caput, do qual se extrai o que segue: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Ainda é tratado de modo específico no art. 144, CF/88, e impõe ao Estado que, promover a segurança pública é seu dever, da mesma maneira que é, não só direito, como também responsabilidade de todos, a ser exercida para a preservação da ordem pública e da proteção das pessoas e do patrimônio (BRASIL, 1988).

Da sobredita lei, art. 5º, inciso X, se extrai a seguinte redação: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

E do inciso XII, que: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 1988).

Temos acima a descrição dos direitos conflitantes inseridos na decisão do STJ, de um lado o Estado com a obrigação de garantir a segurança e que é direito de todos, e do outro, as garantias individuais da inviolabilidade das comunicações dos dados e da vida privada.

2.8 PONDERAÇÃO, PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO.

Quando o direito se depara com situações onde precisa decidir entre a prevalência de determinado direito fundamental sobre o outro, entre outras técnicas, utiliza-se da ponderação de princípios, para decidir qual princípio irá se sobrepor ao outro em casos concretos, técnica essa utilizada pelo STF em seus julgados.

Nesse contexto, segundo Canotilho (1999) a colisão entre direitos fundamentais se dá quando no exercício de um direito o titular deste impede ou prejudica o exercício de um direito de outro.

Alexy (2001, p. 295), influenciado por Dworkin, elaborou uma tese no que tange ao conflito existente entre regras de direito: “o choque entre princípios, assumidos como direitos fundamentais, deve ser resolvido por critérios de valoração”.

Em sua obra Alexy (2001) assevera que quando é determinada a supremacia de um sobre outro isso não declara a invalidade do que possui menor “peso”. E esclarece que estando os direitos resguardados num mesmo nível jurídico-institucional, analisando o caso em concreto um terá um peso maior que o outro.

A ponderação de princípios segundo Alexy (2001) deve ser feita obedecendo ao Princípio da proporcionalidade, o qual em uma situação concreta, resguarda o direito que irá sofrer uma lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro.

Para isso, existem três máximas, que devem ser observadas, que são: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sob esse prisma, a **adequação** significa que as medidas tomadas deverão ser aptas para atingir apenas o fim desejado, suprimindo o menos possível do direito considerado com menor peso; na **necessidade** por sua vez deve-se verificar se a medida tomada é a menos gravosa para alcançar os fins desejados; e a **proporcionalidade em sentido estrito** é a análise se as vantagens superam as desvantagens.

No mesmo contexto em conformidade com o princípio da ponderação está o princípio da concordância prática ou da harmonização.

Robert Alexy, demonstra não existir nenhuma contradição entre o princípio da concordância prática e os juízos de ponderação.

Afirma Robert Alexy, sobre o referido princípio:

frequentemente são vinculadas ao conceito de ponderação. Ele torna evidente que a ponderação não é um procedimento no qual um bem “**precipitadamente**” (vorschnell) é realizado à custa de outro. Segundo ele a ponderação é tudo bem diverso de um procedimento **abstrato** (abstraktes) ou geral. (...) Já do conceito de princípio resulta que na ponderação não se trata de uma questão de tudo-ou-nada (Alles-oder-Nichts-Frage), porém de uma tarefa de otimização. Neste ponto, o modelo de ponderação aqui defendido corresponde ao assim chamado princípio da concordância prática (Robert Alexy, 1986, p. 151 e 152).

Como se vê, ocorrendo contradição de dois ou mais direitos, ou garantias fundamentais, a aplicação do método de ponderação junto ao princípio da concordância prática ou da harmonização, evita o sacrifício total de uns em relação aos outros, ao passo que, o que acontece é a redução proporcional do alcance de cada qual, preservando ao máximo a aplicação do outro que foi superado.

2.9. RELATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No entendimento de Quiroga Lavié (1993), os direitos fundamentais nasceram para moderar o poder estatal sobre a vida do cidadão, através de limites impostos pela Constituição, porém, sem afastar a subordinação deste mesmo cidadão ao Estado, para poder balancear os limites do exercício do direito individual em razão da coletividade.

Trazendo essa afirmação para o contexto do presente artigo, há, portanto, a possibilidade de haver a suspensão de um direito fundamental sob o fundamento de melhor atender a coletividade.

Alexandre de Moraes vai mais afundo quando diz que:

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (Alexandre de Moraes, 2007, p. 27)

Destaco aqui a título de exemplo que através da Lei de Execuções Penais, a administração penitenciária, com fundamento na preservação da ordem pública, rotineiramente devassa o conteúdo das correspondências dos detentos, partindo da premissa de que todas elas contêm ilicitudes (STF - HC nº 70.814-5).

Sobre o tema, interessante acórdão do STF:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos

sentenciados, eis que a clausula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649).

Sob esse óbice, visto que, os direitos fundamentais tem origem na dignidade da pessoa humana, vale destacar que a própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu art. 29, diz que, todos tem deveres com a comunidade, e mesmo estando no exercício de um direito e usufruindo de sua liberdade, ainda assim, o indivíduo estará sujeito às limitações estabelecidas pela lei, e que estes limites impostos terão como finalidade única assegurar o respeito aos direitos e liberdades dos demais, exigência essa para a garantia da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

E mais, na última parte do supracitado artigo deixa claro que os direitos e liberdades individuais ou coletivos não podem, de forma alguma, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Por se tratar de um direito fundamental esse não pode ser excluído, porém, pode no caso concreto ser proporcionalmente relativizado, para que não haja um dano ainda maior ao direito de outrem ou da coletividade.

Muito controverso entre os doutrinadores o princípio da proporcionalidade, surgiu, no processo penal, com o objetivo de possibilitar utilização das provas ilícitas “*pro societate*”.

Pacelli (2010), defende que a vedação da utilização de provas ilícitas no processo, como garantia absoluta, em alguns casos poderá gerar desproporção, garantindo direito ao autor de um delito, afastando o direito da vítima do delito, e que isso ocorre, pois, não há critérios mínimos estabelecidos para o aproveitamento da prova ilícita pela acusação.

Na mesma linha de raciocínio, Renato Brasileiro (2011), faz uma crítica a doutrina e jurisprudência que é passiva em possibilitar para a defesa do acusado a prova colhida mesmo com infringência de direitos fundamentais até mesmo de terceiros, e quando da utilização desta mesma em favor da sociedade, há intensa controvérsia.

Trazendo o princípio da proporcionalidade ao presente artigo, notadamente se vê que o direito ou interesse individual está se sobrepondo a um interesse coletivo, de forma que mesmo após a comprovação de fato delituoso, não está sendo aplicado o princípio da proporcionalidade em favor da sociedade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando tratamos de um assunto como o tema em questão, em que há divergência de entendimento entre os juristas e estudiosos do direito, dada a sua complexidade, visto as garantias constitucionais que o envolvem, mesmo após analisar as diferentes opiniões, pontuar de forma racional e confrontar os princípios constitucionais da inviolabilidade das comunicações e da vida privada com o direito coletivo a segurança e o dever do Estado de proporcioná-la, chegar a uma conclusão que coloque um fim a discussão, e apresentar uma só resposta para o problema não é tarefa fácil.

Ao final da pesquisa, fica claro que a decisão tomada pelo STJ, foi estritamente em conformidade aos princípios constitucionais garantido pelos incisos X e XII do art. 5º da CF/88, e a norma estampada no artigo 5º, inciso LVI, para assim decidir exatamente conforme a regra trazida pelo artigo 157, do CPP, pois veja, só nesse último artigo citado em seu parágrafo 1º, se vê, a teoria dos frutos da árvore envenenada, onde diz: “inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”, e no caput do artigo que “são inadmissíveis e deverão ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas”, e ainda em sua última parte, conceitua o que, são as “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

Nota-se que não houve nenhuma forma e interpretação extensiva, ou relativização da norma, mas sim, a aplicação da literalidade da lei constitucional, na garantia dos direitos individuais, e que o direito da coletividade a segurança não pesou na decisão.

Caso a decisão fosse outra, seria de grande valia para segurança pública no combate e na prevenção do crime, poder acessar as informações contidas no aparelho celular de qualquer suspeito, e usá-las como prova de autoria de um delito, ou até mesmo ter acesso à informação de atos preparatórios de um crime e evitá-lo.

Do ponto de vista da acusação no processo penal, poder utilizar como prova os dados colhidos no celular garantiriam celeridade ao processo e facilitaria a instrução deste e também a comprovação do ato ilícito em juízo.

Cumprir observar, que o caso concreto que deu aso decisão discutida no presente artigo, as provas foram obtidas em um celular apreendido, em uma situação de flagrante delito, ou seja, já havia indícios suficientes da autoria de algum crime e as provas colhidas apenas comprovaram os fatos.

Podemos citar aqui Alexandre de Moraes (2007) o qual defende que, aqueles que praticam atos ilícitos inobservam os direitos e as liberdades públicas de terceiros pessoas e da

própria sociedade, por este motivo, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

Ou seja, não pode o indivíduo que comprovadamente cometeu um ato ilícito, atentatório contra o direito a segurança ou contra o estado, se beneficiar de um direito individual se sobrepondo ao direito coletivo.

Em síntese conclusiva, o quando ocorrer o choque de direitos individuais e coletivos garantidos constitucionalmente, através das técnicas de ponderação em conjunto com a harmonização o direito individual deve ser relativizado, utilizando-se o princípio da proporcionalidade em benefício da sociedade.

Para que não haja um total ruptura e suspensão dos direitos individuais da inviolabilidade da vida privada e da proteção dos dados contidos no aparelho celular, deve ser analisando separadamente cada caso em concreto, já que não há como criar uma norma de abrangência geral, dada a complexidade e a diversidade dos casos.

Assim, quando se tratar de flagrante delito, ou apreensão do aparelho no local do crime, ou logo após, com fundada suspeita de autoria, o entendimento do STJ (STJ. 6ª Turma. RHC 51.531 – RO), em considerar essas provas ilícitas deve ser superado, e haver uma relativização momentânea dos direitos fundamentais durante aquele ato, em favor da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Roubo majorado. Prova ilícita. Prequestionamento. Prisão em flagrante. Crime permanente. Desnecessidade de mandado de busca e apreensão. Provas extraídas do aparelho de telefonia móvel. Ausência de autorização judicial. Violação do sigilo telefônico. Inépcia da denúncia e carência de justa causa para persecução penal não evidenciadas. Necessidade de revolvimento fático-comprobatório. Atipicidade material da conduta. Princípio da insignificância não aplicável. Lei penal em branco heteróloga. Substância psicotrópica elencada na portaria 344/98 da anvisa. Recurso parcialmente provido.** Relator Ministro Ribeiro Dantas, Data do Julgamento 20 out. 2016 (Info 593). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404895121/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-67379-rn-2016-0018607-3/inteiro-teor-404895169>> acesso em: 20 set. 2020

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus. Nulidade das provas produzidas da fase inquisitorial. Prisão em flagrante. Crime permanente. Desnecessidade de mandado de busca e apreensão. Provas extraídas do aparelho de telefonia móvel. Ausência de autorização judicial. Violação do sigilo telefônico. Inépcia da denúncia e carência de justa causa para persecução penal não evidenciadas. Necessidade de revolvimento fático-comprobatório. Atipicidade material da conduta. Princípio da insignificância não aplicável. Lei penal em branco heteróloga. Substância psicotrópica elencada na portaria 344/98 da anvisa. Recurso parcialmente provido.**

Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 20/10/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2016). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404895121/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-67379-rn-2016-0018607-3/inteiro-teor-404895169>> acesso em 17 jul. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. De acordo com as leis n. 10.741/2003. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Processo Penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Curso de processo penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Acesso em: 20 set. 2020. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 abil. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3 ed. Rev., atual e ampl. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2015.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, Atlas, 8ª ed. São Paulo, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

_____, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.