

**Reunião: 31 de julho de 2020.**

**Relator: Dr. Moacir Rogério Tortato**

**Tema:**

**As consequências da quebra do sigilo das comunicações do abordado.**

**Resumo:** No presente estudo se busca fazer uma análise quanto aos elementos probatórios obtidos pela polícia no momento da abordagem e as consequências jurídicas de uma eventual intervenção indevida que afronte os direitos do abordado, bem como o alcance de eventual ilicitude.

**1- Introdução. 2- Princípio da legalidade nas investigações. 3- A proteção constitucional e infraconstitucional ao sigilo das comunicações. 4- Comunicações via aplicativo de celular e sua inviolabilidade. 5- Teoria dos frutos da árvore envenenada. 6- Violação do sigilo telefônico em estado de necessidade. 7- Conclusão.**

**1- Introdução –**

Em um Estado Democrático de Direito em que se presa pelo respeito às instituições, às leis, à constituição e aos princípios basilares e garantidores da liberdade do indivíduo e, portanto, da própria democracia, realmente não se pode admitir a existência, no seio da administração pública, de abusos e ilegalidades praticadas contra o cidadão.

**2- Princípio da legalidade nas investigações –**

Alicerçado na Constituição Federal, precisamente em seu art. 37, nosso sistema administrativo estriba-se em princípios gerais, sendo a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Di Pietro, discorrendo acerca do Princípio da Legalidade Administrativa ensina:

*“Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.*

*É aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.*

*Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.”<sup>1</sup>*

A Administração Pública está, pois, plenamente subordinada à vontade popular positivada na lei. O desempenho da função administrativa jamais poderia ser guiado pela vontade de agentes públicos, se tal vontade não se coadunar com os princípios administrativos.

Então o agente público que, em nome da Administração Pública, age cumprindo as suas funções dentro da mais estrita legalidade, pratica um ato administrativo.

Di Pietro define o ato administrativo *“como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”<sup>2</sup>*

*Prima facie* observamos que só pode ser considerado ato administrativo, aquele ato praticado pelo agente público com a observância da lei. O que quer dizer que eventual ilegalidade do agente público, ainda que praticada em nome da administração, na verdade são atos pessoais privados e não poderiam ser considerados atos administrativos.

É como se houvesse um mandato implícito da administração ao agente público que o autoriza a agir somente dentro da lei e que, ao extrapolar tal

---

<sup>1</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo, 21ª Edição, 2008, pag. 62/63.

<sup>2</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo, 21ª Edição, 2008, pag. 185.

limite, age além dos limites que lhe são permitidos, e, portanto, por conta própria, não podendo ser conferida legitimidade a tal ato.

Nesse contexto, os atos praticados por agentes policiais em investigação penal, sejam militares, sejam policiais judiciários civis e até autoridade policial, igualmente devem submeter-se ao império da lei. As investigações como um todo devem atender aos princípios administrativos, dentre eles o da legalidade. Toda e qualquer prova produzida em investigação há de ser lícita.

O que foge a tal princípio, o que macula a legalidade, o que extrapola a permissão legal por certo merece correção, ou a sanção da nulidade, em nome da manutenção da ordem e respeito ao Estado de Direito.

### **3- A proteção constitucional e infraconstitucional ao sigilo das comunicações -**

Nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X determina que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” e no inciso XII, estabelece 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;”

Parece evidente a preocupação do legislador constituinte em preservar a privacidade do cidadão, protegendo o sigilo de suas comunicações e dados, mas ao mesmo tempo ressaltando hipóteses de afastamento de tal garantia, em decorrência de ordem judicial, para a aferição de seu eventual envolvimento em práticas criminosas.

O dispositivo constitucional, então, não cria um direito absoluto à inviolabilidade das comunicações, relativizando-o ao estabelecer a possibilidade de seu afastamento em determinadas circunstâncias.

O legislador constituinte concedeu a missão da quebra de tal sigilo ao judiciário por confiar no zelo que se dispensaria à questão, já que o princípio da motivação das decisões judiciais é garantia constitucional do cidadão, conforme art. 93, inciso IX da CF.

O legislador ordinário, através da Lei n. 9.294/96 regulamentou a questão nos seguintes termos: “Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”

E com relação à decisão, assim estabeleceu: “Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.”

Lembremo-nos ainda da Lei 12.965/14, que determina: “Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;”

Pois bem, mesmo ciente da premissa de que toda decisão judicial deve ser motivada, o legislador ordinário fez constar do art. 5º da lei 9.294/96, com ênfase, a exigência de motivação da decisão judicial e ainda constou expressamente a sanção jurídica da nulidade para decisões desprovidas dessa fundamentação, certamente uma redundância, mas que revela sua enorme preocupação com o tema. Isso quer parecer que, para que haja o afastamento de tal garantia, pressupõe-se uma análise criteriosa das circunstâncias determinantes, com a verificação dos respectivos fundamentos devidamente justificados, nos termos da exigência legal e feita por uma autoridade específica e neutra, no caso, o juiz natural da causa.

Entendeu o legislador que o juiz natural, de forma serena e imparcial, equidistante das partes, tem plenas condições de analisar, à luz dos princípios constitucionais aplicados e de forma fundamentada, se o caso concreto admite o afastamento do direito fundamental do investigado, não cabendo tal decisão a outro órgão.

Então, se o afastamento da garantia ocorre sem a análise jurídica criteriosa do caso e por outro órgão da administração que não dispõe de tal missão, atribuição ou competência, quer parecer não atender aos princípios constitucionais inerentes. Talvez tenha entendido o legislador que a autoridade investigante, ou agentes de investigação, envolvidos de forma mais parcial e talvez passional nas diligências, não gozassem da mesma isenção de que dispõe o magistrado.

Por certo um direito fundamental do cidadão não pode ser afastado de modo afoito, desarrazoado ou injusto, sob pena de subversão da ordem constitucional, cumprindo ao Estado garantir tais direitos, jamais suprimi-los.

#### **4- Comunicações via aplicativo de celular e sua inviolabilidade –**

É matéria pacífica e ausente de dúvidas a plena possibilidade de acesso aos dados do celular do suspeito, inclusive das conversas armazenadas via aplicativo, bastando, para tanto, a prévia autorização judicial.

A obtenção de tais elementos de prova sem o crivo judicial constitui afronta à garantia do sigilo às comunicações e, conseqüentemente, à privacidade do cidadão, ferindo o art. 5º, inciso XII da CF.

A matéria foi apreciada pelo STJ e sob a Relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, o RHC 51531/RO restou assim ementada:

“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.”

#### **5- Teoria dos frutos da árvore envenenada –**

No âmbito das investigações policiais, eventual diligência ilícita não poderá produzir resultados em eventual processo penal, devendo ser invalidada. Mas

até que ponto eventual nulidade pode afetar a persecução penal como um todo?

Sem dúvidas a teoria aplicável é a dos frutos da árvore envenenada, oriunda do direito norte-americano e, segundo a qual, se a árvore está contaminada, seus frutos, inexoravelmente, também estarão, ou seja, se na investigação há algum elemento de prova, elucidação ou descoberta obtida por meios ilícitos, todas as provas daí derivadas estarão contaminadas pela ilicitude.

A teoria (*Fruits of the poisonous tree*), no direito americano, conta com três exceções que impedem o reconhecimento da nulidade das demais provas, sendo elas: a) a teoria da fonte independente, que aproveita a prova ilícita desde que fique evidente que se chegaria até ela por outra fonte que não tem relação com aquela ilícita inicial; b) Exceção da descoberta inevitável, que igualmente aproveita a prova quando se observar que a autoridade policial chegaria à mesma prova utilizando seus meios habituais de investigação; e c) teoria do nexos causal atenuado, que visa aproveitar a prova quando se verificar que a cadeia causal dos acontecimentos justifique a manutenção daquela, em função de sua obtenção ter se dado de forma remota, em termos temporais e se houver circunstâncias que dividam a cadeia causal.

Nosso legislador trouxe, embora não com exatidão, a Teoria dos frutos da árvore envenenada para o Código de Processo Penal, tendo sido introduzida pela Lei 11.690/08, com a seguinte redação:

“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 nexos 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.”

Então, se uma determinada prova foi obtida de forma ilegal e a partir dela ou através dela, outras provas surgiram, a anulação deve alcançar, além da prova

obtida ilegalmente, todas as outras que dela derivaram, ainda que estas últimas sejam formalmente lícitas. A ilicitude não se convalida. Por exemplo, se determinadas conversas de aplicativo de celular de um criminoso são obtidas pela quebra ilegal de seu sigilo, sem autorização judicial, está tal prova eivada de nulidade e, ainda que posteriormente tais conversas sejam acessadas com autorização judicial, haverá nulidade em razão daquele vício de origem. A autorização judicial, em tais casos, não se presta a encobrir uma nulidade já instalada no feito.

Mas se, excepcionalmente já houvesse outra investigação independente, que tivesse autorizado judicialmente, por exemplo, uma escuta telefônica que descortinou o mesmo fato, esta última, por ser independente daquela ilicitude, não pode ser afetada.

A fim de se aferir quais provas realmente ostentam tal vício em sua origem, parece clara a necessidade de se verificar a relação de causa e efeito ou o nexo de causalidade existente entre a prova originalmente ilícita e suas supostas derivadas.

Para melhor ilustrar, imaginemos que policiais, em procedimento de rotina, como uma barreira policial ou “blitz”, abordam e flagram um indivíduo transportando grande quantidade de droga e ele se recusa a colaborar. Tal recusa leva os agentes a promover uma devassa no aparelho celular do detido onde efetivamente observam, em uma conversa de aplicativo, toda a negociação para a entrega da droga, inclusive com a identidade do comprador e especificação da respectiva localização e tal esclarecimento possibilita também a prisão imediata deste segundo suspeito que receberia a droga.

Neste caso, aplicando-se a teoria dos frutos da árvore envenenada, é certo que a primeira fase da abordagem policial foi perfeita, não havendo nenhuma nulidade com relação àquela primeira prisão, decorrente de uma ação de rotina legal. Entretanto, a segunda parte da abordagem, que decorreu de uma quebra de sigilo ilegal das conversas de aplicativo de celular, estaria eivada de nulidade.

Há de se ter extremo critério com as consequências da aplicação de tal teoria, para que atos legais, que não tenham nenhuma derivação ilícita, não sejam jogados na vala comum e anulados indevidamente.

Outrossim é preciso cuidado para que o reconhecimento de uma ilicitude não impeça diligências futuras que eventualmente tenham potencial para, de forma absolutamente lícita e independente daquele ato nulo, esclarecer os fatos por outra via ou até mesmo se chegar a novos fatos independentes daquela derivação.

Ainda dentro do exemplo trazido acima em que policiais afoitos, apreendendo legalmente o aparelho celular, quebraram de forma irregular o sigilo das conversas de aplicativo do primeiro suspeito, para se chegar ao segundo suspeito, gerando a nulidade da prova, imaginemos que posteriormente, dando sequencia às investigações, a autoridade policial, ao receber todo o material daquele flagrante, agora mediante autorização judicial, envia o aparelho celular do primeiro preso à perícia para extrair informações, tendo sido aferidos os dados do GPS daquele aparelho, ou mesmo outras comunicações até então intactas, que acabam por revelar onde o primeiro preso esteve momentos antes de sua prisão, justamente a residência de um terceiro envolvido, o fornecedor da droga. Esta segunda fonte de informação, absolutamente independente daquela conversa de aplicativo acessada ilegalmente, não é afetada pela nulidade daquela conduta ilícita inicial, já que não é seu fruto.

Então, em um eventual processo criminal, o juiz não poderá considerar a quebra ilegal das comunicações que levaram ao segundo suspeito, mas por certo poderá considerar a continuidade das investigações que levaram ao terceiro suspeito em momento posterior e não afetadas pela ilicitude.

## **6- Violação do sigilo telefônico em estado de necessidade –**

Existem situações na atuação policial em que a urgência é absoluta e realmente não há disponibilidade de tempo para se obter autorização judicial a fim de se acessar conversas de aplicativo de celular apreendido e, excepcionalmente se pode cogitar não ser ilícita a conduta policial de violar o sigilo das comunicações do abordado sem ordem judicial.



Como exemplo podemos trazer o estado de necessidade. Diz o art. 24 do Código Penal: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

Existem situações na lida policial que demandam pronta atuação e proatividade máxima. Imaginemos que tentando desvendar um crime de sequestro durante uma madrugada, em que a vítima está sob o poder de uma organização criminosa, correndo sensível risco de morte, aborda-se um dos criminosos, que se recusa a colaborar. Com ele é apreendido um aparelho celular cujo conteúdo pode revelar conversas indicativas do local do cativo. O estado de necessidade é flagrante e, desta feita, não há ilicitude no acesso aos dados do telefone a fim de salvaguardar a vida da vítima. O agente acessa as conversas e por meio delas consegue salvar o ofendido.

Entretanto, não se pode confundir a ausência de ilicitude do ato do agente que viola os dados do aparelho em tal situação, com a licitude da prova advinda dessa conduta. O agente que faz a devassa no celular apreendido, mesmo sem autorização judicial, visando salvaguardar a vida da vítima, por certo não poderá ter sua conduta punida, já que acobertado pelo estado de necessidade, ou seja, assim agiu para a salvaguarda do bem maior daquela vítima.

Não parece haver dúvidas com relação a tal fato. Mas e como fica o aproveitamento de tais dados acessados como prova em regular processo criminal?

Há de se ter cuidado para que não se comprometa aquela prova. Uma coisa é se considerar lícita a conduta do policial que acessou o celular do suspeito sem autorização da justiça com a finalidade de libertar e salvar a vítima de seu cativo. Esta primeira questão se finda neste ponto. Mas, para levar tal prova ao bojo do processo penal público, onde será inegável a publicidade daquelas conversas íntimas, parece evidente a necessidade de autorização judicial. No caso específico, aquele acesso inicial, revelando-se uma conduta lícita, ou pelo menos tendo sua ilicitude excluída, não há que se falar em impossibilidade de convalidação, até porque, não há o que convalidar, pois aquele acesso não revelou mácula. Mas, uma vez salva a vítima, a

autorização para tornar públicos aqueles dados carece necessariamente de autorização judicial.

Veja-se que a função de guardião e detentor exclusivo da missão de conceder eventual quebra de sigilo de comunicação foi confiada ao judiciário e não parece prudente a este abrir mão ou delegar esta incumbência a quem não foi com ela contemplado. Até porque, ainda no exemplo dado acima, existe a real possibilidade de que aquela prova obtida inicialmente pelo policial no calor dos fatos, sequer seja necessária à instrução, em razão da robustez de outros elementos probatórios, talvez até confissão do réu e, assim, em tal caso, talvez seja desnecessária aquela prova.

A própria lei 9.296/96, no inciso II do art. 2º estabelece não admissão da prova se for desnecessária. Cabe, porém, ao juiz e não a outra autoridade decidir de forma imparcial e sempre fundamentada.

## **7- Conclusão –**

Nossa legislação coloca à disposição das autoridades investigantes instrumentos eficientes para a elucidação de crimes, como a exemplo da quebra do direito fundamental à privacidade do cidadão, de suas comunicações, inclusive via aplicativos, que podem ser acessadas e utilizadas em investigações, mediante prévia autorização judicial, sob pena de nulidade, que não alcança aquelas outras provas obtidas de forma independente.

**É possível o acesso ao celular do investigado, inclusive conversas de aplicativo, mediante a prévia autorização judicial, sob pena de nulidade daquela prova e de suas derivadas.**