



Protocolo nº 201700415233

Auto de Prisão em Flagrante

Representante: Delegado de Polícia

Representados: [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED]

A presente decisão servirá como
**MANDADO DE
INTIMAÇÃO**, nos termos
do art. 368i, da
Consolidação dos Atos
Normativos da CGJ-TJGO

DECISÃO

Trata-se de representação pela quebra do sigilo de dados dos aparelhos celulares apreendidos na posse de [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED], presos em flagrante no dia 14 de fevereiro de 2017, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 14, da Lei nº 10.826/2003 e no art. 288, do Código Penal.

Com vista, a representante do Ministério Público manifestou pelo deferimento da pretensão, conforme parecer de fls. 80/82.

É o relatório. Decido.

Nos termos do art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, “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”.

Em interpretação do referido dispositivo constitucional, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto proferido no julgamento do HC 91.867/PA, no dia 24/04/2012, afirmou que não se pode entender que a proteção constitucional seja afeta aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da *comunicação “de dados” e não os “dados”*.

No seu voto destacou o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do MS21729, Pleno, 5.10.95, red Néri da Silveira, RTJ 179/225,270, no sentido de que *“a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse RTJ 179/225,270”*.

No mesmo sentido é o entendimento do doutrinador Uadi Lammêgo Bulos, em sua obra *“Direito constitucional ao alcance de todos”*, (3ª edição, São Paulo; Saraiva, 2011. pág. 335): *“(…) o sigilo telefônico não se confunde com o sigilo dos registros telefônicos. Estes, que não se sujeitam ao princípio da reserva da jurisdição (CF, art. 5º, XII), equivalem às ligações armazenadas e documentadas nas companhias telefônicas. Numa palavra, designam telefonemas feitos no passado, os quais se encontram registrados nos bancos de dados dessas companhias”*.

E ainda, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima, em seu livro *“Legislação Criminal Especial Comentada”*, 3ª edição, Salvador, 2015 – Editora JusPODIVM, págs. 143/144, afirma que:



“A interceptação das comunicações telefônicas não se confunde com a quebra do sigilo de dados telefônicos. Enquanto a interceptação de uma comunicação telefônica diz respeito a algo que está acontecendo, a quebra do sigilo de dados telefônicos guarda relação com chamadas telefônicas pretéritas, já realizadas. A quebra do sigilo de dados telefônicos está relacionada aos registros documentados e armazenados pelas companhias telefônicas, tais como data da chamada telefônica, horário da ligação, número do telefone chamado, duração do uso (“lista-régua”), etc.

A relevância da interceptação telefônica está ligada ao conhecimento do conteúdo da conversa estabelecida entre duas ou mais pessoas. A obtenção do dados telefônicos, sob o ponto de vista probatório, não é tão rica quanto a interceptação telefônica, mas não se pode desprezar sua importância. A depender do caso concreto, a obtenção dos registros telefônicos pode servir de importante instrumento para demonstrar que o agente se comunica com determinada pessoa, já que, com a identificação dos destinatários das ligações, o cruzamento de dados é capaz de permitir a identificação de comparsas na empreitada criminosa investigada”.

Nesse contexto doutrinário e jurisprudencial, percebe-se que os dados existentes no telefone celular, tais como registros de chamadas e agenda telefônica não são protegidos pela inviolabilidade descrita no art. 5º, inc. XII, da CF/88, por não violar a efetiva comunicação entre interlocutores, estando ao alcance da autoridade policial a formação de seu juízo partindo dessa premissa investigatória.

Aliás, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes na ocasião do julgamento supramencionado, nos termos do art. 6º, do Código de Processo Penal, “a



autoridade policial tem o dever de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal, impondo-lhe determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito, apreender os objetos que tiverem relação com o fato delituoso, colher as provas que servirem para esclarecimento do fato e suas circunstâncias, ouvir o ofendido, ouvir o indiciado, dentre outras diligências”.

Inobstante todas essas considerações, a evolução tecnológica tem colocado em voga formas de comunicação diversas da ligação por discagem, aquela oriunda da criação do que se entende por “telefone”. Atualmente pode-se falar em comunicação por mensagem SMS ou mesmo por aplicativos que utilizam dados via *internet*, como o “*WhatsApp*”, por exemplo, que possibilita tanto a comunicação escrita quanto a comunicação falada e até mesmo a videoconferência.

A consequência jurídica da evolução tecnológica no âmbito das comunicações, em contraposição à sua inviolabilidade prevista no art. 5º, XII, da CF/88, que não contempla os dados telefônicos, conforme entendimento já esposado, está justamente na distinção entre o que configura comunicação e o que configura mero dado telefônico.

Isso porque ao mesmo tempo em que uma conversa escrita via *WhatsApp* é uma forma de comunicação, também é um dado armazenado no aparelho celular. Ao mesmo tempo que registra a informação de que um interlocutor mantém contato com outro, armazena o inteiro teor da conversa entre os mesmos. Daí, então, parte a discussão sobre a possibilidade ou não de o policial acessar as conversas via *WhatsApp* do indivíduo preso em flagrante por determinado crime.

Ora, da simples reflexão acerca do assunto, entendo que o acesso à



agenda telefônica ou mesmo à lista de contatos do *WhatsApp* não implica em violação do sigilo das comunicações, pois constitui mero dado contido no aparelho celular, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já transcrita. Ocorre que o simples fato de os aparelhos serem ligados as conversas feitas através do referido aplicativo estarão à disposição da autoridade policial. Inclusive, se houverem dados móveis ativados, continuarão chegando novas mensagens enquanto o aparelho permanecer ligado.

Patente nesse caso, a teoria da descoberta inevitável, pois, ainda que a autoridade policial busque por dados não amparados pelo sigilo das comunicações previsto na constituição, inevitavelmente teria acesso às conversas feitas através do aplicativo em questão, que, mediante o devido processo legal, como no caso, podem ser acessadas em razão da ressalva feita pelo próprio legislador constitucional. O curso natural das investigações conduziriam à quebra do sigilo das comunicações, em especial por ser o meio de prova mais eficaz e singular nesse momento.

Apesar disso, conforme já dito, o acesso às conversas entre o proprietário do aparelho celular analisado e outros interlocutores é uma violação ao sigilo das comunicações previsto no art. 5º, inc. XII, da CF/88. Isso porque não importa o meio de comunicação, mas sim o conteúdo da comunicação, ultrapassando o que se entende por dados telefônicos.

Ocorre que a inviolabilidade das comunicações amparada pelo referido dispositivo constitucional, assim como quaisquer outros direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, não são absolutos, padecendo diante da supremacia do interesse público.



A esse respeito, o Ministro Celso de Mello, no seu voto proferido no julgamento do MS n. 23542/RJ, DJe 12.05.2000, também transcrito pelo Ministro Gilmar Mendes no julgado mencionado em linhas pretéritas, afirmou que *“não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.”*

Excepcionalmente, o legislador constituinte autorizou a quebra do sigilo das comunicações, outorgando ao legislador ordinário a competência para fixar as hipóteses e a forma da execução da medida, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, atribuindo ao juiz a competência para deferir ou não.

A esse respeito, foi editada a Lei nº 9.296/96, que em seu art. 1º, *caput*, estabelece que *“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”*. No parágrafo único do mesmo dispositivo consta o seguinte: *“O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”*.

Quanto à aplicabilidade da referida norma às comunicações escritas via telefone celular, segue o entendimento do doutrinador Renato Brasileiro de Lima, estampado na doutrina supramencionada:

“O objeto da Lei nº 9.296/96 é a interceptação das comunicações telefônicas de qualquer natureza (art. 1º). Num passado não muito distante, quando



se falava em comunicações telefônicas, pensava-se apenas em uma conversa por telefone – perceba que o próprio Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62, art. 4º) define como 'telefonia o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons'.

Considerando o fantástico desenvolvimento da informática na atualidade, a expressão comunicação telefônica não deve se restringir às comunicações por telefone. Por força de interpretação progressiva, a expressão *comunicação telefônica* deve também abranger a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia, estática, ou móvel (celular). Por conseguinte, é possível a interceptação de qualquer comunicação via telefone, conjugada ou não com a informática, o que compreende aquelas realizadas direta (fax, modems) e indiretamente (internet, e-mail, correios eletrônicos).

(...)

Com a devida vênia, a nosso juízo, quando a Constituição Federal autoriza a interceptação das comunicações telefônicas, refere-se não só às comunicações telefônicas propriamente ditas como também à comunicação de dados, imagens e sinais através de telemática. Não se pode ficar alheio aos avanços tecnológico-culturais, ampliando as formas de comunicações, privando os órgãos da persecução penal de um importante instrumento de investigação e busca da verdade. Logo, an osso ver, a Lei nº 9.296/96 tem seu campo de incidência sobre qualquer forma de comunicação, seja telefônica ou não; versa não apenas sobre a conversação telefônica, como também qualquer tipo de comunicação telemática (por telefone ou por via independente, sem uso da telefonia)". (2015, págs. 141/142).



Desse modo, sobreleva destacar a plena aplicabilidade da Lei nº 9.296/96 aos casos de acesso às comunicações via *WhatsApp*.

No caso dos presentes autos, a autoridade policial almeja acessar os dados dos aparelhos celulares apreendidos na posse dos investigados descritos no Auto de Exibição e Apreensão de f. 28, para subsidiar as investigações do crime de associação criminosa, conforme descrito à f. 24.

Assim, passo à análise dos requisitos estabelecidos pela Lei nº 9.296/96, que permite a concessão de medidas dessa natureza quando forem o único meio viável para o êxito das investigações, e está subordinada a três condições: a) indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; b) impossibilidade de obtenção da prova por outros meios disponíveis; c) existência de fato típico punível com pena de reclusão.

No presente caso, pelos elementos que constam da representação, verifico a necessidade da quebra de sigilo telefônico para apuração da autoria do crime de associação criminosa, haja vista que o detalhamento das ligações discadas, tentadas, recebidas, bem como o detalhamento de mensagens de texto enviadas e recebidas, seja via SMS ou mesmo *WhatsApp* ou qualquer outro aplicativo de comunicação que utilize dados de *internet*, trará subsídios no sentido de detectar o possível conluio com objetivo criminoso, sendo que não há outro meio de obtenção eficaz de prova, sem o deferimento do requerimento em epígrafe.

Desta forma, estão presentes os pressupostos da razoabilidade, oportunidade e necessidade da quebra de sigilo ora requerida, em especial pela circunstância em que os autuados foram presos.

No que diz respeito à forma de execução da diligência (art. 5º, da Lei nº 9.296/96), a circunstância fática e a natureza do acesso aos dados e às comunicações não demandam expedição de ofícios às operadoras de telefonia, nos termos da Resolução nº 59/2008, do Conselho Nacional de Justiça. Isso porque a própria autoridade policial pode executar a medida, pelo simples acesso aos dados constantes nos aparelhos que estão sob sua



custódia.

Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido de quebra do sigilo de dados das comunicações telefônicas feitas pelos investigados entre si e com terceiros, seja através de ligação, mensagem SMS ou mesmo troca de mensagens via WhatsApp ou qualquer outro meio de comunicação habilitado nos celulares dos mesmos, antes, durante e depois da prisão em flagrante, com fundamento no art. 5º, inc. XII, da CF/88 e nos arts. 2º e 4º, da Lei nº 9.296/96.

Face à peculiaridade do caso concreto e a sua incompatibilidade com a Resolução nº 59/2008, do CNJ, deverá a própria autoridade policial, juntamente com os investigadores a si subordinados, procederem ao acesso aos dados e às comunicações dos telefones dos investigados apreendidos.

Caso os aparelhos possuam senha de acesso ou qualquer outro tipo de obstáculo tecnológico, poderá a autoridade policial requisitar assistência técnica e perícia nos celulares, no precípua cumprimento do seu dever de diligência previsto no art. 6º, do Código de Processo Penal e com amparo no art. 7º, da Lei nº 9.296/96.

O período de acesso deverá se limitar ao prazo para conclusão do inquérito policial, tomando como termo inicial a data da intimação da presente decisão, podendo ser extraídos dados e comunicações produzidas antes, durante e depois da prisão em flagrante.

Todas as conversas e trocas de informações entre os investigados e entre estes e terceiros, bem como os dados armazenados nos aparelhos, com relevância para a investigação, deverão ser fotografados e transcritos (art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96), com a assinatura do investigador responsável pela missão e pela autoridade policial. Os demais dados não relevantes para a investigação deverão ser desconsiderados, sem, contudo, serem apagados.

Antes de iniciar os trabalhos, a autoridade policial deverá dar ciência inequívoca ao representante do Ministério Público, informando-lhe a data e a hora para o seu



início, para que acompanhe a sua realização, caso queira (art. 6º, *caput*, da Lei nº 9.296/96).

Cumprida a diligência, a autoridade policial deverá encaminhar o seu resultado a este juízo, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas (art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.296/96).

Cientifique-se o representante do Ministério Público e à Autoridade Policial, mediante remessa de cópia da presente decisão, que servirá como mandado, nos termos do art. 368i, da Consolidação dos Atos Normativos da Corregedoria Geral de Justiça.

Intimem-se. Cumpra-se.

Piracanjuba, 3 de março de 2017.

Heloisa Silva Mattos
Juíza de Direito