



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-
GERAL DA REPÚBLICA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.042.075/RJ

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: -----

MEMORIAL ARESV/PGR Nº 360219/2021

MEMORIAL

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.
CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ACESSO
A REGISTROS E INFORMAÇÕES EM APARELHO
CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LICITUDE
DA PROVA. PROVIMENTO DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO.

1. A controvérsia posta no presente caso não reside na proteção das comunicações telefônicas, que possuem indiscutível reserva de jurisdição, mas na possibilidade de acesso aos dados telefônicos por autoridade policial, para fins de investigação criminal.

2. A obtenção e a análise do material comprobatório da prática da infração penal, coletado em local do crime, constituem-se dever da autoridade policial e em instrumento para uma efetiva atividade investigativa, para a qual não se exige reserva de jurisdição, nos termos do art. 6º do Código de Processo Penal.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-
GERAL DA REPÚBLICA**

– Memorial pelo provimento do agravo e do recurso extraordinário, fixando-se a tese nos termos delineados pelo Ministro Relator, segundo a qual: *“É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou 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 à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII)”*.

Excelentíssimas Senhoras Ministras,

Excelentíssimos Senhores Ministros,

Trata-se de recurso extraordinário com agravo submetido ao Plenário Virtual para julgamento sobre a existência de repercussão geral acerca de tema referente à *“licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime”* (Tema 977).

Na origem, a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro absolveu ----- quanto à imputação relativa ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, reconhecendo a ilicitude da



prova, porquanto teria havido violação do sigilo dos dados e comunicações telefônicas, com transgressão da garantia constitucional assegurada pelo art. 5º-XII da Constituição, porque a identidade do réu foi determinada pela visualização do histórico de chamadas e armazenamento de fotografias de seu aparelho de telefone celular, que caiu no chão durante a fuga.

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegou afronta ao art. 5º, XII e LVI, do texto constitucional.

Defendeu a inexistência de ilicitude no acesso de registros e fotos de aparelho celular, pois não há reserva de jurisdição *“para apreensão de bens relacionados ao fato delituoso, já que tal forma de proceder decorre de expressa determinação legal, que obriga a autoridade policial a apreender todos os objetos e instrumentos ligados à prática delitiva (artigo 6º do CPP)”*.

O eminente Relator, ao submeter o caso ao Plenário Virtual, manifestou-se pelo reconhecimento da repercussão geral, nos termos da seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PERÍCIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM APARELHO CELULAR ENCONTRADO FORTUITAMENTE NO LOCAL DO CRIME. ACESSO À AGENDA TELEFÔNICA E AO



REGISTRO DE CHAMADAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM QUE SE RECONHECEU A ILICITUDE DA PROVA (CF, ART. 5º, INCISO LVII) POR VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES (CF, ART. 5º, INCISOS XII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.

O Ministro Relator Dias Toffoli votou pelo provimento do agravo e, ato contínuo, do recurso extraordinário, de modo que, cassando-se o acórdão recorrido, seja determinado ao Tribunal de origem que prossiga no julgamento da apelação criminal, conforme de direito, e fixou a seguinte tese:

É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou 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 à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII)".

Na sequência, os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin votaram pela desprovimento do recurso, com a fixação da seguinte tese:

O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a



adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos (CF, art. 5º, X e XX).

A questão cinge-se a saber se é lícita a prova produzida no contexto do inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho telefônico, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime.

A Constituição Federal assegura, no art. 5º, XII, a proteção das comunicações telefônicas, cujo sigilo só pode ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Contudo, a controvérsia posta no presente caso não se relaciona com a proteção das comunicações telefônicas, que possuem indiscutível reserva de jurisdição, mas no acesso aos dados telefônicos por autoridade policial, para fins de investigação criminal.

A Suprema Corte, em vários julgados, assentou a legitimidade da atuação policial dirigida à análise dos dados armazenados em aparelho celular, sem prévia autorização judicial.



É ilustrativo o HC 91.867/PA¹, que tratou de suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante de corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos, no qual o Relator, Ministro Gilmar Mendes, ponderou 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’”*.

Pontuou que *“ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente)”*.

Salientou também:

(...) 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.

Não configura violação ao art. 5º, XII, da Constituição Federal a

¹ HC 91.867/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, *Dje* de 20.09.2012.



requisição direta, sem ordem judicial, de números de chamadas, dentre outros registros, como de agenda telefônica ou de fotografias, pois são dados externos à comunicação propriamente dita.

O art. 6 ° do Código de Processo Penal dispõe que a autoridade policial tem o dever de proceder à coleta do material probatório da prática da infração penal, colhendo todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Dispensa-se ordem judicial para que a autoridade policial possa analisar agenda com uma lista de telefones ou examinar um conjunto de bilhetes em papel trocados pelos envolvidos apreendidos no local do crime. Igualmente, para periciar dados que estejam contidos na memória de um *smartphone* encontrado por ocasião da investigação, basta o comando da autoridade policial.

Apesar de serem dados estáticos, não se confundem com o acesso ao conteúdo das transmissões temáticas, no que estas exigem autorização judicial. São sigilosos e **hão de ser assim mantidos pela autoridade policial, preservando-se o direito à privacidade e à intimidade, mas não se sujeitam à reserva de jurisdição.**

Admite-se que a privacidade seja relativizada, sob condições



definidas em lei, de modo a ceder lugar à prevalência do direito difuso à segurança pública, com a consequente diminuição da criminalidade pelo efeito preventivo gerado pela maior eficiência do aparato estatal.

No sistema constitucional brasileiro, não há 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 a adoção de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição e pelas leis.

O sigilo de dados não é oponível à autoridade policial, pois esse acesso se faz necessário para o exercício de suas atribuições previstas na Constituição Federal (art. 144, §§ 1º e 4º) e no Código de Processo Penal (art. 6º).

Entender de modo diverso poderia esvaziar as funções da autoridade policial, que é responsável pela condução da investigação criminal e pela apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais; e resultar no reconhecimento de nulidade de ações penais lastreadas na prova produzida no inquérito policial em curso ao tempo em que a jurisprudência dos Tribunais se inclinava no sentido da desnecessidade da autorização judicial para acesso aos dados telefônicos.



Em face do exposto, o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA manifesta-se pelo provimento do agravo e, na sequência, do recurso extraordinário, fixando-se a tese nos termos delineados pelo Ministro Relator, segundo a qual: "É

lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou 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 à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII)".

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras

Procurador-Geral da República

Assinado digitalmente