



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFTC / FACULDADE UNIFTC
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
UNIDADE DE ENSINO: VITÓRIA DA CONQUISTA**

Maria Cristina dos Santos Melo

Tiago dos Santos Melo

O acesso a aparelhos celulares por policiais durante abordagens e prisões em flagrante: discussão de sua legalidade e análise jurisprudencial de decisões do TJ-BA.

“60% Dos jovens de periferia sem antecedentes criminais já sofreram violência policial

A cada quatro pessoas mortas pela polícia, três são negras

Nas universidades brasileiras, apenas 2% dos alunos são negros

A cada quatro horas um jovem negro morre violentamente em São Paulo

Aqui quem fala é primo preto, mais um sobrevivente”

(Capítulo 4 Versículo 3 - Racionais Mc's)

**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFTC / FACULDADE UNIFTC
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
UNIDADE DE ENSINO: VITÓRIA DA CONQUISTA**

Maria Cristina dos Santos Melo

Tiago dos Santos Melo

O acesso a aparelhos celulares por policiais durante abordagens e prisões em flagrante: discussão de sua legalidade e análise jurisprudencial de decisões do TJ-BA.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito - Centro Universitário UniFTC, Unidade Vitória da Conquista, como requisito para obtenção do título de Bacharela em Direito

Orientador(a): Prof. Nei Plácido dos Santos Ribeiro

VITÓRIA DA CONQUISTA

2021

O acesso a aparelhos celulares por policiais durante abordagens e prisões em flagrante: discussão de sua legalidade e análise jurisprudencial de decisões do TJ-BA.

Aluno(a)¹: Tiago dos Santos Melo

Aluno(a)²: Maria Cristina dos Santos Melo

Orientada por: **Nei Plácido dos Santos Ribeiro³**

RESUMO

Desde seu lançamento no Brasil em 1990, o celular se tornou um símbolo de status social, em nossa atual sociedade possuir um “Iphone de última geração” simboliza a essência do poder social.

Porém, em relação aos negros a função do celular é outra, ele passou a ser a principal arma contra a violência policial, parafraseando o ator e rapper Will Smith: “O Racismo não está piorando, está sendo filmado”.

Desta forma, é preciso que seja garantido a proteção dos dados armazenados em celulares, principalmente durante as abordagens policiais, pois tal procedimento é realizado majoritariamente em pessoas negras.

Ainda não é pacificado em nossa doutrina e jurisprudência a dimensão exata da proteção dada aos arquivos armazenados em aparelhos celulares. Tal obscuridade na lei, fez surgir uma jurisprudência que atualmente limita a discussão da matéria. Este artigo visa analisar os acórdãos do Tribunal de Justiça da Bahia que discutiram sobre a questão da possível licitude ou ilicitude das provas adquiridas através da devassa de aparelhos celulares em abordagens policiais e prisões em flagrante delito.

PALAVRAS-CHAVES: Polícia – Celular – Flagrante – Sigilo – WhatsApp

**The access to cellphones by police officers during flagrant arrests:
discussion of its legality and jurisprudential analysis of decisions from
the TJ-BA.**

ABSTRACT

Since its launch in Brazil in 1990, the cellphone has become a symbol of social status, in our current society owning a "latest generation iPhone" symbolizes the essence of social power.

However, for black people the cell phone has a different function, it has become the main weapon against police violence, paraphrasing the actor and rapper Will Smith: "Racism isn't getting worse, it's being filmed".

Thus, it is necessary to guarantee the protection of data stored on cell phones, especially during police checks, since this procedure is mostly carried out on black people.

It is not yet settled in our doctrine and jurisprudence the exact extent of protection given to files stored on cell phones. Such obscurity in the law has given rise to a jurisprudence that currently limits the discussion of the matter. This article aims to analyze the decisions of the Court of Justice of Bahia that discussed the issue of the possible lawfulness or unlawfulness of evidence acquired through the search of cell phones during police searches and arrests in the act of committing a criminal offense.

Keywords: Police – Cellphones – Privacy – Law enforcement – WhatsApp

¹**Tiago dos Santos Melo** Graduanda do décimo semestre, do turno matutino, do curso de Direito pela Faculdade de Tecnologias e Ciências (UNIFTC – Vitória da Conquista). E-mail: melo.tiagoadv@gmail.com

²**Maria Cristina dos Santos Melo** Graduanda do décimo semestre, do turno matutino, do curso de Direito pela Faculdade de Tecnologias e Ciências (UNIFTC – Vitória da Conquista). E-mail: cris1911@gmail.com

³**Nei Plácido dos Santos Ribeiro**, formado em Direito pelo Centro Universitário UniFTC – Salvador, com curso de extensão em Inovações Pedagógicas na Docência do Ensino Superior no Centro Universitário

1.Introdução

É cediço que para a autoridade policial ter acesso ao celular, será necessário abordar o cidadão que porta tal aparelho, no atual cenário, em que a sociedade exige uma pratica policial mais igualitária, pautada na proteção dos direitos humanos, se faz necessário analisar também se tal abordagem é fruto do racismo estrutural existente em nossa sociedade e por derivação, na polícia.

O documentário “13º Emenda” explica tal fenômeno, muito comum no Brasil, no documentário utiliza-se o termo filtragem racial (racial profiling), que é muito utilizado para justificar a abordagem de motoristas negros em rodovias, ou seja, é a pratica de mandar alguém encostar o carro por causa de sua cor, um negro dirigindo um carro será sempre suspeito. (WANDERLEY,2017).

Fica evidente que o principal motivo da abordagem policial é a “suspeita” fundada unicamente na cor da pele.

Diante deste panorama, fica evidente que a abordagem não é uma simples pratica policial, por isso é necessário analisar se tal procedimento justifica a devassa do aparelho celular, pois todas as nossas ações ficam registradas e guardadas nesses aparelhos, como por exemplo: nossa lista telefônica, fotos, vídeos, páginas visitadas, lugares que frequentamos, e-mail entre outras infinidades de dados a depender da utilização deste telefone.

Dados estes que fazem parte da intimidade de uma determinada pessoa, e que agora, ficam armazenados nestes respectivos aparelhos, os tornando uma verdadeira ‘mina de ouro’ para a Justiça Criminal em sua busca pela verdade.

Sendo assim, esta pesquisa visa elucidar como o Tribunal do Estado da Bahia tem decidido, no que concerne, aos elementos de prova obtidos através do acesso aos dados armazenados em celulares, acesso este realizado por policiais. Tal atitude estreia a discussões sobre os limites destas diligências policiais, diante dos direitos fundamentais, além do sigilo das comunicações, ambos resguardados em nossa Constituição Federal de 1988.

O art. 5º, XII, da Constituição Federal, que assegura o sigilo das comunicações, explicita uma exceção para as investigações, regulamentada na Lei 9.296/1996 (Lei das interceptações). A finalidade desta lei, é a princípio, exclusivamente para os casos de quebra de sigilo de comunicações em andamento (contemporâneo, ao vivo), realizado com a ajuda das operadoras de telefonia ou com a implantação de grampos e escutas *in loco*. Porém a lei exigiu um rito bastante rigoroso, que estabeleceu o cumprimento de requisitos que devem ser obrigatoriamente observados. Esses requisitos estão previstos no art. 2º 3 da referida lei e exigem (i) a configuração de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (ii) a inexistência de outros meios de

prova; e (iii) o envolvimento em crimes de maior gravidade. Além disso, a lei também estabeleceu um limite temporal para realização dessa medida: 15 dias, renováveis.

Díspar é a proteção do conteúdo das comunicações armazenadas, ou seja, as que não estão mais em trânsito. Neste caso, não há conformidade sobre a aplicação do art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal. O sigilo assegurado pelo art. 5º inciso XII, preocupa-se apenas com as comunicações ‘ao vivo’ (em fluxo) ou abrange também os dados armazenados? No caso da sua não aplicação, esses dados armazenados estariam protegidos pela cláusula geral de proteção da intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal)? São questões que já foram discutidas pela doutrina e jurisprudência, e que são recolocadas pelo avanço da tecnologia.

O marco civil da internet fala do assunto, porém não o pacifica. Quando o acesso a esses dados armazenados se dá através de um terceiro (como é o caso de provedores de internet por exemplo), os mandamentos aplicáveis são evidentemente aqueles listados na Lei 12695/14 (Marco Civil da Internet), na qual preceitua que o acesso seja feito por meio de “ordem judicial” (art. 7º, III) nos casos e na forma que a lei ordenar (art. 10, § 2º) sem, no entanto, esclarecer os critérios. Também não é claro a extensão dessa proteção, no que tange, os dados em “repouso” nos celulares, aqueles armazenados na “nuvem”.

Todas essas dúvidas sobre o tema da proteção dada as comunicações armazenadas em celulares deram origem a uma jurisprudência que atualmente limita, na praxis jurídica, a forma que a matéria é encarada nos tribunais e sobre o qual direcionou-se a pesquisa. Na parte a seguir (seção 2), este trabalho procurou esclarecer os questionamentos citados acima, através do estudo aprofundado da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Bahia, falou-se também sobre a metodologia utilizada. Foi apresentado um quadro geral de dois tipos-padrões de casos que chegam ao Tribunal de Justiça da Bahia e que trazem no bojo dos autos o acesso aos dados armazenados em celulares, acesso este realizado por policiais. Logo em seguida, foram analisados de forma profunda essas duas situações: **“O acesso realizado durante a abordagem policial”** e **“O acesso ocorrido logo após a prisão em flagrante realiza pela autoridade policial”**

Tais situações foram analisadas de forma pormenorizada, principalmente no que concerne os fundamentos e motivos que sustentaram a decisão sobre a licitude ou ilicitude da prova adquirida através do acesso ao celular. (vide tópicos 3.1 e 3.2)

2. Apontamentos sobre o tema

O que originou esta pesquisa foi a decisão do STF no HC 51.531/RO, em maio de 2016. Na ocasião, o STF decidiu que o acesso ao histórico de conversas do WhatsApp, realizado após a prisão em flagrante constitui quebra de sigilo, tornando ilegal o acesso a esses dados sem a devida autorização judicial.

Esse julgado se tornou um importante precedente em relação aos dados armazenados, principalmente, porque antes deste julgado existir, as decisões do STJ e STF eram quase sempre no sentido de negar qualquer tipo de proteção especial aos dados armazenados em dispositivos eletrônicos. Pode ser citado como exemplo a decisão proferida pelo STF em abril de 2012, o HC 91867/PA, no qual a corte deixou claro que o acesso ao histórico de chamadas de um celular, após a prisão em flagrante, não fere de morte o sigilo das comunicações, assegurados no art. 5º da Constituição Federal, inciso XII.

Tais posicionamentos fez surgir questionamentos de como o Tribunal de Justiça do estado da Bahia se posiciona diante dessa controvérsia.

Deste ponto, surgiu duas questões que direcionou a confecção deste artigo: “O que o Tjba decidiu em relação ao acesso de dados por policiais?” e “Por que o Tribunal decidiu assim?”. Em relação à primeira pergunta, a intenção deste trabalho foi entender quando e como o Tjba têm declarado a ilicitude ou licitude deste tipo de ação. Em relação à segunda pergunta, objetivou-se explicar quais os motivos da decisão, através do fundamento utilizado para sustentar a decisão.

Este trabalho não debaterá os fatores externos que podem interferir nos resultados de uma sentença, uma vez que a metodologia utilizada se resume aos aspectos pertencentes ao direito discutido na decisão.

De outra banda, essa pesquisa não teve a intenção estatística absoluta de analisar todas as sentenças já proferidas pelo Tribunal de Justiça da Bahia sobre o tema: buscamos oferecer um panorama das decisões a partir de critérios pré determinados. Assim, esta pesquisa não tem o condão de analisar a totalidade dos acórdãos, nem apresenta a corrente adotada pelo Tjba. Noutro giro, o que este trabalho tem a oferecer é um estudo profundo na inteligência presente nas decisões obtidas dentro das limitações traçadas, as quais serão analisadas adiante. Para classificar e selecionar os casos manualmente, foi utilizado o próprio teor dos acórdãos, além da discussão jurídica neles contida. Para distinguir as categorias (1 e 2), foi preciso determinar os requisitos as descrições dos fatos contida nos acórdãos.

Na categoria (1) **“O acesso realizado durante a abordagem policial”** gerando a prisão em flagrante, foram analisados os casos em que o acesso ao aparelho celular aconteceu no momento da abordagem policial, sem antes ter havido qualquer indício de crime, de modo a possível pratica de crime só foi constatada após a devassa do aparelho celular.

Na categoria (2) **“O acesso ocorrido logo após a prisão em flagrante realiza pela autoridade policial”** foram analisados todos os acórdãos em que o acesso ao aparelho celular se deu ao fato da situação de flagrante delito (e posteriormente a prisão em flagrante), assim como reza o art. 302 do CPP:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (CPP/1941)

Sendo assim, está dentro desta categoria os casos em que o acesso ao celular se deu depois da constatação dos policiais de algum elemento que indicou a prática do crime – seja pequena porção de maconha, porte de arma de fogo, documentos falsos, ainda que tenha, inicialmente, derivado da abordagem.

Não obstante, as duas categorias serem parecidas, o que se deve levar em conta é o momento em que o acesso ao aparelho celular ocorre. Tal indagação parece ser irrelevante, porém, é de suma importância, a depender de como tal fato é relatado no acórdão. Assim, procurou-se esclarecer sobre as variáveis no regime jurídico aplicado e nos argumentos levantados nas duas situações (uma segue a linha preventiva e outra, de atribuições repressivas).

Os acórdãos foram organizados em planilhas do Excel (ver anexo) para facilitar a análise e classificação das informações, além das informações referentes ao processo, contatou-se também a diversidade de argumentos utilizados nos acórdãos, tais argumentos são: a diferenciação entre a proteção constitucional de dados em trânsito e de dados armazenados, o Marco Civil da Internet; e precedentes de tribunais superiores, como o HC 391.080/SC de 2017 do STJ, HC 91.867/PA de 2012 e o recente RHC 51.531/RO de 2016 do STJ.

3.Resultados gerais

Antes de aprofundar-se nos resultados deste trabalho, é necessário que se faça um breve estudo sobre a “Teoria dos frutos da árvore envenenada”.

Se trata de um recurso utilizado no Direito Penal Brasileiro, ele permite que se relacione o vício de ilicitude da prova obtida com violação a regras a todas as demais provas obtidas através daquela. Assim, tais provas serão também ilícitas por derivação.

A jurisprudência entende como provas ilícitas por derivação aquela prova adquirida dentro dos parâmetros da legalidade, ou seja, compatível com o sistema normativo, entretanto, a origem desta prova derivou-se de uma informação ou elemento colhido de forma ilegal, fora dos ditames e garantias constitucionais, desta forma, a prova ilícita tornando-se ilegal, devendo ser retirada do processo e não podendo ser usada como elemento de informação durante a persecução penal.

3.1 “O acesso ocorrido logo após a prisão em flagrante realiza pela autoridade policial”

Dentre os 27 acórdãos analisados, 15 são sobre o acesso ocorrido durante a prisão em flagrante. O elevado índice já era esperado, considerando que, nessa ocasião, a autoridade policial realiza a busca de produtos e objetos do crime para levantar elementos que embasarão o auto de prisão em flagrante, além de garantir também a segurança dos agentes policiais.

Nesse diapasão, o art. 244 do CPP é cristalino ao afirmar que “a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão [...]”. Ou seja, nestas circunstâncias é lícito que o preso em flagrante tenha suas vestes e seu corpo revistado. O questionamento a ser feito é se tal busca pessoal também se estende aos dados do celular que o preso em flagrante traz consigo. A prisão em flagrante autoriza a autoridade policial “vasculhar” todos os dados do aparelho celular sem a necessidade de ordem policial?

Nos acórdãos analisados, a devassa do aparelho celular após a confirmação do flagrante delito deu aos policiais dados complementares que foram decisivos para a identificação de outros suspeitos, indicaram novos elementos para a constatação do delito, tais como: fotos de armas e drogas, esses dados foram usados como prova durante a ação penal.

Em um número expressivo (13 casos), feita a descoberta de pequena porção de drogas ou após a informação de porte de maconha para consumo próprio, a polícia acessou o celular do suspeito. Nessas ocasiões, após o acesso aos dados ali armazenados que indicavam a venda de drogas, tais informações foram utilizadas tanto como prova da prática do crime, além de na maioria dos casos, justificar a busca em outros locais, levando a apreensão de mais drogas e pessoas envolvidas.

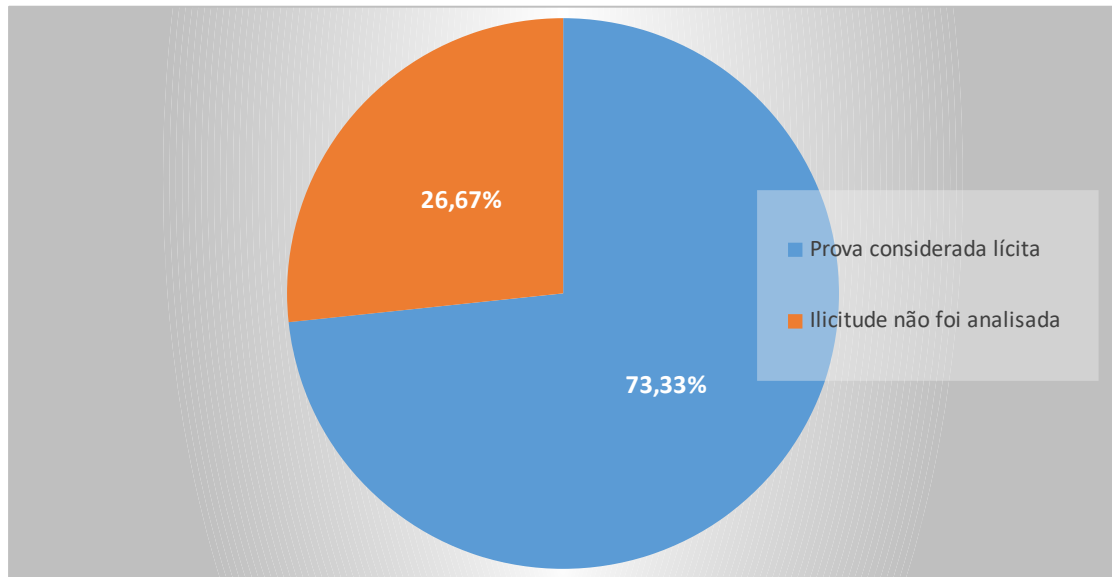
Tais fatos demonstram que as informações e que os dados contidos nos aparelhos celulares, acessados sem prévia autorização judicial, foram decisivos na persecução penal, seja na fase do inquérito policial ou durante a ação penal, assumindo o protagonismo na atribuição e configuração dos crimes ali investigados.

Na ausência de uma legislação própria e regras claras sobre o acesso a celulares nessas circunstâncias, a confirmação sobre a licitude desses elementos de convicção obtidos por policiais é obtida através das interpretações construídas na jurisprudência, em resposta às alegações de ilicitude trazidas pela defesa dos acusados.

Nos casos analisados nesta categoria, ao serem questionados com a tese de ilegalidade das provas obtidas após a devassa do aparelho celular sem a devida autorização judicial, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia decidiu, quase que em sua totalidade, pela legalidade do acesso aos dados, logo, não acolheu o pedido de nulidade da prova. Em 73% dos casos, os elementos de

provas adquiridos através do acesso ao aparelho celular após a prisão em flagrante foi considerada lícita; e em 27% dos casos a alegação de nulidade não foi sequer analisada (gráfico 1 abaixo)

Gráfico 1 – Resultados das alegações de ilicitude da prova nos casos de devassa do aparelho celular após a prisão em flagrante

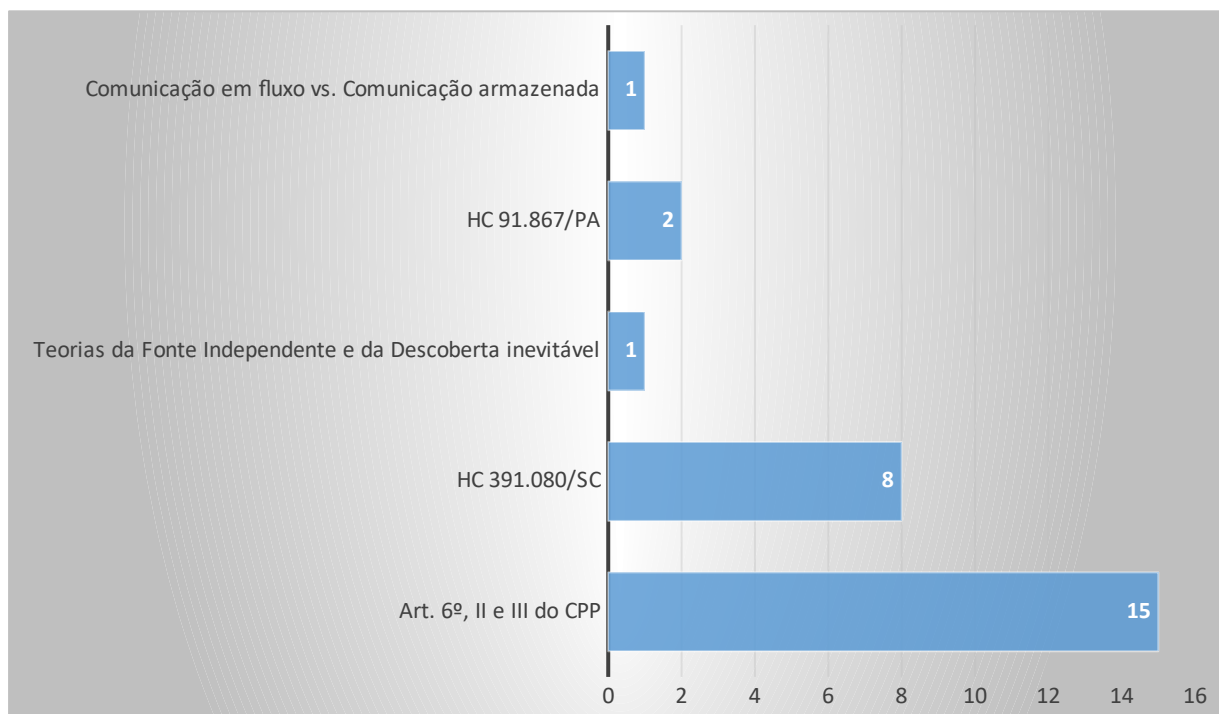


Fonte: Dos autores.

Em relação ao segundo questionamento (“Por quê o TJba decidiu assim?”), após analisar os argumentos de cada acórdão, foi possível sistematizar e organizar, desta forma foi possível identificar o motivo de terem decidido dessa forma.

O fruto de tal análise encontra-se esquematizado no gráfico 2, logo abaixo.

Gráfico 2 – Argumentos utilizados nos acórdãos de acesso ao aparelho celular após a configuração do flagrante delito



Fonte: dos autores

Como se pode observar no gráfico acima, a principal fundamentação utilizada nos acórdãos é o art. 6º do Código de Processo Penal. Ele prevê a possibilidade da autoridade policial que tiver conhecimento da inflação penal, apreender os objetos que tiverem relação com o delito e levantar todas as provas que servirem ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias (art. 6º, II e III). Todas as 15 decisões que consideram lícitas as provas produzidas nessa ocasião, se baseiam de forma subsidiária nesse artigo, afim de afastar qualquer alegação de quebra de sigilo telefônico sem a devida autorização.

A controvérsia acerca da extensão da inviolabilidade das comunicações telefônicas e de dados, com fulcro no art. 5º, XII, da Constituição Federal, apareceu somente em um dos quinze acórdãos analisados na seção 1, o acórdão diferencia o conceito de comunicação em fluxo e comunicação armazenada, com o intuito de argumentar que os dados armazenados em aparelhos celulares não estariam resguardados pela proteção constitucional, na qual se aplica somente para as comunicações em fluxo. Nessa esteira, uma vez que as comunicações não estão mais em trânsito, apenas armazenadas no celular, a devassa desses dados não seria ilegal.

Esses dois argumentos acima descritos – o artigo 6º do CPP e a diferença entre comunicação armazenada e em fluxo – foram citadas também pelo min. Gilmar Mendes na decisão do Habeas Corpus 91.867/PA, julgado em 2012, quando o STF considerou a legalidade da consulta a registros telefônicos armazenados em um aparelho celular de um acusado de homicídio, após a sua prisão em flagrante. Tal HC serviu para embasar 2 decisões, como demonstra o gráfico acima.

Outro argumento que foi bastante utilizado para fundamentar o acórdão é o “livre” consentimento do acusado, para que os policiais acessem os dados

presentes em seu aparelho celular, o HC 391.080/SC de 2017, o HC deixa claro que a ao desbloquear o aparelho celular para a autoridade policial, a ilicitude da prova ali obtida será afastada, tal argumento foi invocado em oito dos quinze casos aqui analisados, em um caso a ilicitude foi afastada com base da teoria da descoberta inevitável.

É importante deixar claro que, dentre todos os quinze casos analisados nesta primeira parte, nenhum deles citou o Marco Civil da Internet, pois, em seus artigos fica evidente a proteção dada aos dados armazenados, inclusive os dados presentes nos servidores online, a chamada “nuvem”.

3.2 O acesso realizado durante a abordagem policial

os 12 outros acórdãos, analisados entre os 27 selecionados, tratam do acesso aos celulares ocorridos durante a abordagem policial, sem a caracterização do flagrante delito. Nesses casos, ao abordar aquele cidadão, cujo a atitude foi considerada “suspeita” e após a realização da revista pessoal, as autoridades policiais devassam o aparelho celular e a partir desta conduta, conseguem obter dados que supostamente indicam a pratica de algum crime, e em outros casos, tais elementos servem para configurar a prisão em flagrante naquele momento.

A pratica desse tipo de abordagem é muito comum na Bahia, diante de “uma atitude suspeita” na visão dos policiais, é realizada a busca pessoal.

Segundo o manual de abordagem policial empregado na Policia Militar da Bahia em sua página 37 “a abordagem policial é o ato de aproximar-se e interpelar uma pessoa estando ela a pé, motorizada ou montada com o intuito de executar alguns procedimentos que vão desde a simples identificação da pessoa interpelada até a prisão do abordado se for verificado o cometimento de alguma criminalidade ou a iminência do cometimento da mesma”.

a despeito de ser uma conduta comum e respaldada legalmente, a mesma também é alvo de discussões jurídicas. O art. 244 do CPP, muito utilizado como justificativa autorizadora deste procedimento, permite a busca pessoal, mesmo sem mandado “quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”. Diante de tal mandamento, existem fortes críticas, no tocante ao fato de que os tribunais não consideram os requisitos que convalidam a busca pessoal no individuo, que são respectivamente:

a) a suspeita, b) a certeza (fundada); e o requisito mais importante; c) de posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Logo, essa busca é um meio de obtenção de prova estreitamente relacionado a uma prática atual ou futura de crime, não uma mera constatação da autoridade policial.

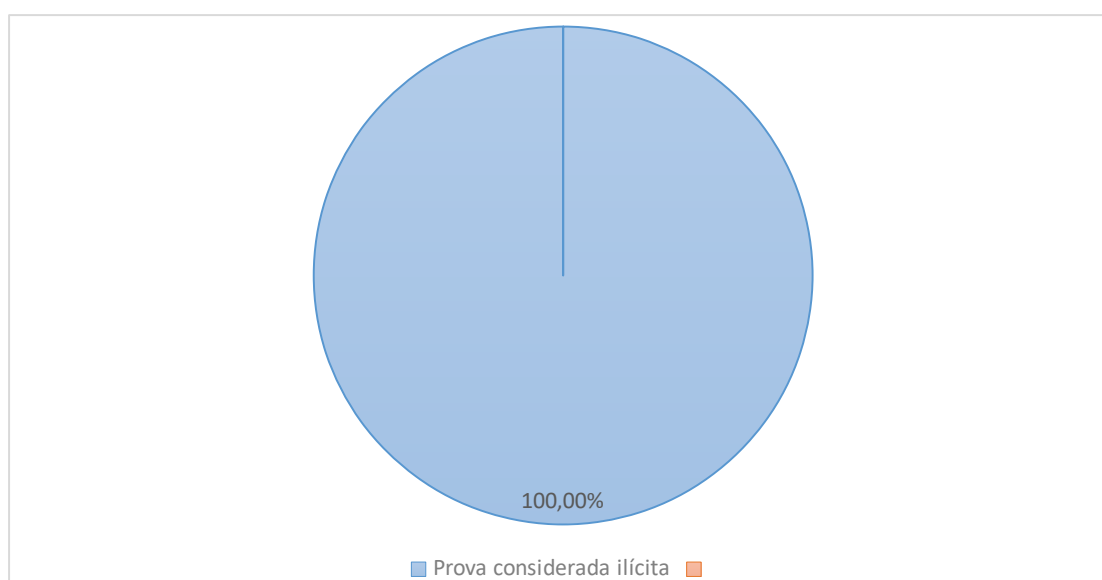
Resumindo, o CPP não diz em nenhum artigo que a simples constatação de uma “atitude suspeita” autoriza a busca pessoal realizada pela autoridade policial para a obtenção de provas.

Durante a pesquisa surgiu tal situação, nesses casos, todas os recursos que chegaram ao TJ-Ba trataram de prisões que se iniciaram a partir de patrulhamento policial, na qual os agentes abordaram pessoas em “atitude suspeitas” e iniciaram a busca pessoal, inclusive em seus aparelhos telefônicos, ou seja, também se tornou uma busca virtual.

Nestes casos também há uma lacuna legislativa, pelo menos de uma lei que busque regulamentar de forma específica a validade sobre a ilicitude ou não da prova obtida nessas circunstâncias.

Entretanto, nos 12 acórdãos analisados, ao serem questionados sobre a alegação de ilicitude desse tipo de prova, em 100% dos casos, a prova foi considerada nula.

Gráfico 3 – Resultado dos acórdãos que declaram a prova ilícita quando o acesso ao celular ocorreu durante a abordagem policial



Fonte: Dos autores

Em relação ao segundo questionamento (“Por que o TJba decidiu assim?”), a fundamentação adotada foi a mesma para todos os casos, o HC 51.531/RO, diferentemente dos casos de prisão em flagrante, o art. 6º do CPP não pode ser usado como argumento para validar a legalidade da prova adquirida pela devassa do aparelho celular durante a abordagem policial. O art. 6º, incisos II e III, é o fundamento que autoriza a apreensão de objetos que tenham relação com o delito, ocorre que durante a abordagem policial, a princípio, não existe qualquer indicio da pratica de um delito, de tal modo que ele deixa de ser utilizado como fundamentação para justificar o acesso ao aparelho celular.

Nesse sentido, o HC 51.531/RO do STJ foi o argumento jurisprudencial do TJ-Ba evocado em 100% dos acórdãos que debatiam sobre a ilegalidade do acesso aos dados do aparelho celular durante a abordagem policial, sem a previa autorização judicial. Nesses casos, o entendimento do STJ foi utilizado como o principal argumento para confirmar que o acesso aos dados

armazenados em aparelhos telefônicos, sem a devida ordem judicial, fere o art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988.

Mesmo assegurando a aplicação dos sigilos das comunicações aos dados telefônicos (inclusive conversas de whatsapp), esses acórdãos não trazem argumentos que sejam capazes de explicitar ou pacificar a distinção que ainda é dada para as comunicações armazenadas e as comunicações em fluxo, nem mesmo no STJ essa questão foi discutida ainda.

Em síntese, vale a pena lembrar que o Marco Civil da Internet não foi citado em nenhum dos acórdãos em que houve a devassa do celular durante a abordagem policial.

4. Metodologia utilizada

A pesquisa foi realizada em fevereiro de 2021, através do levantamento jurisprudencial no repositório eletrônico do site do Tribunal de Justiça da Bahia, as consultas foram realizadas com os seguintes termos de busca: “WhatsApp E Quebra E sigilo”. O motivo por trás da escolha desses termos é em razão da popularidade deste aplicativo como meio de comunicação instantânea. Além disso houve no Brasil diversos episódios, em que Juízes solicitaram a suspensão deste aplicativo justamente pelo fato da empresa responsável pelo serviço se negar a compartilhar os dados armazenados em seus servidores com as autoridades de investigação, se deve também pelo fato de o WhatsApp ser citado na decisão do STJ que julgou ilícita a verificação do histórico deste aplicativo após prisão em flagrante.

Sendo assim, de 54 resultados obtidos através da pesquisa jurisprudencial, foram analisadas de forma detalhada 27 acórdãos para a confecção deste artigo. Mesmo não sendo usado nenhum critério temporal no momento da busca, ao analisar os 27 acórdãos, constatou-se que todos foram julgados no período de 15.09.2017 a 18.07.2020; ou seja, todos os julgados são posteriores a decisão do HC 51.531/RO, julgado em 19.04.2016.

5. Considerações finais

Este trabalho procurou mostrar de forma simples e clara, como o TJ-Ba discutiu a legalidade do acesso a aparelhos telefônicos realizado por autoridades policiais. Depois de explicado a metodologia, o artigo se debruçou nos acórdãos que tratavam dos seguintes fatos: O acesso ao celular ocorrido logo após a prisão em flagrante, além do acesso realizado durante a abordagem policial, buscando entender por que os magistrados do TJ-ba decidem assim, de acordo com o teor dos acórdãos.

como resultado, temos as seguintes observações gerais: (a) a continua e antiga discussão sobre a importante diferenciação entre comunicações armazenadas e

comunicações em fluxo à luz do art. 5º da constituição federal; (b) o instrumento de “validação” presente nos art. 6º do CPP, não analisada pela maioria das decisões, tendo em vista a quantidade e funcionalidades da atual geração de aparelhos celulares; (c) a suposta “presunção de consentimento” para o policial acessar o celular, que apareceu em algumas das decisões analisadas.

Em relação aos dispositivos legais utilizados na busca pessoal, ficou claro que sem a reforma do CPP, ela continuará sendo usada também para as buscas virtuais, sem a devida autorização judicial previa, mesmo nas abordagens de pessoas “suspeitas”.

O marco civil da Internet([LEI Nº 12.965/2014.](#)) criação legislativa mais importante nesses casos, também é a menos utilizada pelo TJ-Ba, em seu art. 7º, ele preceitua que os dados armazenados em dispositivos moveis, também serão protegidos pela referida lei, só podendo ser acessados através de ordem judicial.

Perante o exposto, este trabalho procurou reforçar a necessidade de criações doutrinarias que visam discutir e pacificar o entendimento entre as prerrogativas das autoridades policiais durante as prisões em flagrante e buscas pessoais, além de mostrar a necessidade em se atualizar o conceito de sigilo das comunicações diante do novo cenário trazido pela popularização dos aparelhos celulares com o advento do Marco civil da Internet (lei 12.965/2014).

Referências

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. *Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais*. São Paulo: InternetLab, 2017.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DA BAHIA. Manual de rocedimentos Operacionais Padrão – POP. MóduloIIAbordagens policiais. Disponível em: [\[www.pm.ba.gov.br/wpcontent/uploads/sites/36/2016/01/POPAbordagem.pdf\]](http://www.pm.ba.gov.br/wpcontent/uploads/sites/36/2016/01/POPAbordagem.pdf). Acesso em: 26.02.2021.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Filtragem racial na abordagem policial: a “estratégia de suspeição generalizada” e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos*, São Paulo, set. 2017.

_____. HC 91867/PA. Relator: Min. Gilmar Mendes. 24 de abr. 2012. Habeas Corpus, 2ª turma, 2012.

_____. HC 391080/SC. Relator: Min. Nefi Cordeiro. 09 de jun. 2017. Habeas Corpus, 6ª turma, 2017.

_____. HC 51531/RO. Relator: Min. Nefi Cordeiro. 09 de mai. 2016. Habeas Corpus, 6ª turma, 2016.

Planilha:

[https://docs.google.com/spreadsheets/d/1OXc_LQTwFABDbRtkJAud6aW_MwPKm74XhNNXLI9FAgE/edit?usp=sharing].