

# *A ilegalidade da violação do conteúdo das mensagens de celular*

*Rosânea Elizabeth Ferreira<sup>1</sup> e Cláudio Gastão da Rosa Filho<sup>2</sup>*

*1. Introdução. 2. O direito constitucional à intimidade. 3. A garantia ao sigilo da correspondência como direito à intimidade. 4. A equiparação das mensagens eletrônicas à correspondência. 5. A violação do conteúdo das mensagens recebidas através de telefone celular: prova válida? 6. Conclusão. 7. Bibliografia.*

## **1. Introdução**

*A presente explanação visa abordar a validade da utilização das mensagens enviadas/recebidas através de telefone celular para fins de prova no processo penal, colhida à revelia de ordem judicial devidamente fundamentada.*

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Especialista em Processo Penal e Ciências Penais pela PUCPR. Professora universitária e advogada criminalista em Florianópolis/SC.

<sup>2</sup> Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor universitário e advogado criminalista em Florianópolis/SC.

## **2. O direito constitucional à intimidade**

*A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.*

*A garantia individual da vida privada restou expressamente consignada no artigo 11 do Pacto de São José da Costa Rica, em 1.969, da seguinte forma:*

### *Artigo 11*

#### *Proteção da Honra e da Dignidade*

*(...)*

*Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.*

*A Declaração dos Direitos Humanos, aprovada na Assembléia-Geral da ONU de 1.948, também se preocupou em proteger a vida privada, consoante se infere do texto inserto em seu artigo 12:*

*Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.*

*O Estado, ao tutelar as liberdades individuais na Constituição Federal de 1988, além de observar os preceitos acima estabelecidos, viu-se obrigado a acompanhar o movimento democrático instaurado no país, que repugnou totalmente os (des)mandos dos anos ditatoriais, cuja regra era não dar vez a tais direitos. Assim, o legislador constitucional fez consignar expressamente em seu artigo 5º o direito à intimidade, o que até então não tinha ocorrido, pois tal direito vinha integrando, genericamente, os textos constitucionais anteriores, na proteção conferida a outros direitos de personalidade.<sup>3</sup>*

*Dentre esses direitos individuais, no que tange à intimidade e à vida privada, já vinham sendo tutelados desde a Constituição do Império de 1824, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, que na atual Carta Magna encontram-se protegidos no artigo 5º, inciso XII: “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.”*

*Alguns autores, quando tratam do assunto, não fazem distinção entre os direitos à privacidade<sup>4</sup> e à intimidade, o que, segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco,<sup>5</sup> ocorre também na jurisprudência. E, discordando desse*

---

<sup>3</sup> Cf. Maria Gilmaíse de Oliveira Mendes (*In: Direito à intimidade e interceptações telefônicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 62).

<sup>4</sup> Paulo José da Costa Jr. ressalta que o termo mais adequado é “privatividade”, derivado de “privativo”, e não “privacidade”, que, segundo ele, “é péssimo português e bom anglicismo (vem de *privacy*).” (*In: O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25).

<sup>5</sup> *In: Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 367.

*posicionamento, apresentam como diferenciação entre ambos os institutos os seguintes aspectos:*

*O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.<sup>6</sup>*

*Nessa linha, José Laércio Araújo, ao distinguir os direitos à vida privada e à intimidade, assevera o seguinte:*

*O direito ao respeito à vida privada consiste na garantia de respeito à própria vida privada, à vida familiar e do lar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, a não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, a publicação, sem autorização, de fotografias privadas, à proteção contra espionagem e às inscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por particulares.*

*(...)*

*É óbvio, pois, que o campo de proteção da vida privado [sic] do homem público seja bastante limitado pelo direito do público à informação, direito este – da mesma forma –, também protegido, em nível constitucional, pela maioria dos países. O direito à intimidade seria, assim, este quadrante mínimo de privacidade dentro da limitada esfera secreta da vida do homem público,*

---

<sup>6</sup> Idem, p. 367.

*devido à existência do direito do público à informação.<sup>7</sup>  
[grifamos]*

*Como pode se observar, o direito à intimidade encontra-se englobado no direito à vida privada, e ambos integram os direitos de personalidade.*

*Paulo José da Costa Jr., a fim de demonstrar tal assertiva, invoca a teoria alemã das esferas, segundo a qual, na esfera maior, representada pela vida privada estão “...compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público.”<sup>8</sup> Dentro dela está contida a intimidade, da qual “...participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando (...) excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas.”<sup>9</sup>*

*E, numa esfera central, encontra-se, segundo o autor, “...aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo...”<sup>10</sup> que o indivíduo compartilha apenas com alguns amigos, mais íntimos. “Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Conseqüentemente, a necessidade de proteção legal contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa.”<sup>11</sup>*

---

<sup>7</sup> *In: Intimidade, vida privada e Direito Penal.* São Paulo: WVC Editora, (?), p. 45.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 36.

<sup>9</sup> ARAÚJO, José Laércio. *Intimidade, vida privada e...*, p. 37.

<sup>10</sup> COSTA JR., Paulo José da, *op. cit.*, p. 37.

<sup>11</sup> *Idem.*

*Denota-se que o direito à intimidade consiste numa tutela da vida íntima, num aspecto relativo à tranquilidade de seu detentor. E, para que possa ser protegida, cabe a ele, de forma livre, escolher para quem vai torná-la vulnerável, de acordo com a sua convicção pessoal e íntima.*

*Os motivos ensejadores dessa escolha são irrelevantes para quem quer que seja, eis que, como visto na teoria alemã das esferas acima esboçada, cada vez mais a intimidade vai ao encontro do âmago da privacidade do indivíduo.*

*Celso Lafer, ao tratar da questão, afirma que o direito à intimidade “tutela o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.<sup>12</sup>*

*Integram a tutela do direito à intimidade e à vida privada, além das inviolabilidades previstas expressamente no dispositivo constitucional acima citado, também o direito à imagem, à identidade pessoal, ao nome, o direito autoral e o segredo profissional.<sup>13</sup>*

*Identificados os aspectos integrantes da referida tutela prevista na Constituição Federal, por consistir o cerne da presente explanação o sigilo da correspondência, passa-se a analisá-lo mais detalhadamente.*

---

<sup>12</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 239.

<sup>13</sup> ARAÚJO, José Laércio, **Intimidade, vida privada e...**, p. 71.

### ***3. A garantia ao sigilo da correspondência como direito à intimidade***

*Da proteção constitucional ao sigilo da correspondência, denota-se, de plano, que seu principal objeto é a proibição de se adentrar no seu conteúdo injustificadamente.*

*Dessa vedação, excetuam-se o remetente e o destinatário, eis que, quando interligados nas ações de enviar e receber, exercem seu direito à intimidade, escolhendo a quem divulgar o conteúdo, mas desde que com a autorização um do outro.*

*Isso porque, conforme salienta José Laércio Araújo, ao receber a carta, o destinatário transforma-se no proprietário da missiva, mas nem por isso pode divulgar seu teor ao bel prazer,<sup>14</sup> haja vista que deve preservar o direito à intimidade daquele que a encaminhou. Ou seja, deve se respeitar essa manifestação de vontade, e somente divulgar a terceiros a mensagem recebida com autorização daquele que a enviou.*

*Alerta ainda o autor que essa divulgação indevida a terceiros incorre na prática do crime previsto no artigo 153 do Código Penal.<sup>15</sup>*

*Também cumpre salientar que, àqueles que em decorrência de função tenham acesso ao conteúdo da correspondência, é imposta a obrigação do*

---

<sup>14</sup> Idem, p. 91.

<sup>15</sup> Idem, p. 92. O artigo 153 do Código Penal dispõe o seguinte: “divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.”

*sigilo profissional, não se justificando sua quebra em face da circunstância funcional que possibilita esse conhecimento.*

*Mas, o que efetivamente é correspondência? Valendo-se novamente das lições de José Laércio Araújo, que busca tal definição em três autores (Celso Ribeiro Bastos, Pinto Ferreira e Alcino Pinto Falcão), tem-se o seguinte:*

*Para Celso Ribeiro Bastos, por correspondência se entende “toda forma de cartas e postais, mesmo que incluam meros impressos. Além das cartas é óbvio que estão aí incluídas as encomendas, mesmo que não contenham qualquer comunicação escrita.”*

*Já Pinto Ferreira conceitua a correspondência como:*

*“Toda comunicação escrita e verbal, através do espaço, por cartas, telegramas, telefone, radiotelefonia, radiotelegrafia”. E continua: “A palavra correspondência é usada em sentido amplo, abrangendo não só a carta, mas a comunicação telefônica e telegráfica, o rádio e demais instrumentos de comunicação”.*

*Alcino Pinto Falcão assinala que “...a correspondência, então, pode ser tida com um modo de projeção espiritual da própria pessoa.”<sup>16</sup> [grifamos]*

*A crescente transformação mundial presenciada, sobretudo, após o fenômeno globalizante, atingiu de maneira essencial a forma de as pessoas relacionarem-se e se comunicarem.*

---

<sup>16</sup> ARAÚJO, José Laércio, op. cit., p. 90-91.



*Antes, o meio utilizado para se corresponder remetia a uma idéia de algo palpável, fechado. Tanto é que quando se falava em correspondência, imediatamente vinha à mente a imagem de uma carta.*

*Juridicamente falando, em se tratando da legislação pátria, isso pode ser facilmente observado na Lei 6.538/79, que em seu artigo 7º, § 1º, ao dispor sobre os serviços postais, elenca como objetos da correspondência os seguintes:*

*Art. 7º - Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento.*

*§ 1º - São objetos de correspondência:*

- a) carta;*
- b) cartão-postal;*
- c) impresso;*
- d) cecograma;*
- e) pequena - encomenda.*

*Tal idéia também é denotada no Código Penal, que ao tutelar a violação da correspondência, em seu artigo 151 dispõe:*

*Art. 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem.*

*Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.*

*A grande discussão que até hoje se instaura é se as novas formas de comunicação, advindas dessa evolução mundial que culminou com os avanços tecnológicos e incorporou a transmissão de dados como maneira de*

*encaminhamento e recebimento de correspondência, também se enquadram na proteção constitucional do art. 5º, inciso XII.*

*Tal impasse reside no fato de que, na época da promulgação da Carta Magna, os sistemas de comunicação não eram revestidos das tecnologias que hoje a eles são aplicadas, onde o ato de se corresponder não mais reside em escrever algo em um papel e o entregar a alguém. Para se comunicar, a troca de dados é a principal ferramenta. E-mail's, chats, download são termos que passaram a integrar o vocabulário e o dia-a-dia das pessoas, e as formas de correspondência.*

*De igual forma, a telefonia, sobretudo a celular, experimentou esse avanço, incorporando a informática em suas funções, e possibilitando também a comunicação escrita, e não só por meio da voz, exclusivamente. Aliás, hoje “mesmo nos telefones convencionais, a comunicação de dados se faz presente, visto que há a digitalização da voz em determinadas etapas da transmissão das conversações.”<sup>17</sup> Ainda, é possível conversar através da internet, onde a voz e a imagem por ela transitam na forma de dados.<sup>18</sup>*

*Assim, hoje, a correspondência eletrônica, como, por exemplo, os e-mail's e as mensagens trocadas via telefone celular, são as formas de se corresponder mais utilizadas.*

---

<sup>17</sup> BURROWES, Frederick B. A proteção constitucional das comunicações de dados: internet, celulares e outras tecnologias. **Revista Jurídica** – Presidência da República, Brasília, v. 9, n. 87, 2007, p. 10.

<sup>18</sup> Como se observa no Sype, programa mais comumente utilizado para essa finalidade.

*Mas, como fica a questão da inviolabilidade do sigilo da correspondência? A proibição da devassa também acompanhou esse amadurecimento tecnológico?*

*Antes de se adentrar nesse aspecto, mister se faz analisar se essas mudanças alteraram as peculiaridades inerentes ao ato de se corresponder, e, por conseguinte, a tutela constitucional em questão.*

#### ***4. A equiparação das mensagens eletrônicas à correspondência***

*Viu-se que o conceito de correspondência, conquanto não tenha se apresentado de forma unânime pelos autores apresentados por José Laércio Araújo, remete a uma idéia inicial de comunicação verbal ou escrita. Indo-se um pouco mais além, tal comunicação também pode se dar através de gestos ou sinais, caracterizando, destarte, a correspondência tácita.*

*Independentemente da forma, o que se pode verificar que a manifestação de vontade daquele que se comunica sempre está evidente, pois mesmo não provocando a comunicação, quando é instado a isso, o destinatário só emite a respectiva resposta se quiser, dando azo à construção do conteúdo. Ainda, em alguns casos, até mesmo a inércia de emití-la pode caracterizar a manifestação dessa vontade, num sentido negativo, ou seja, de não construir o conteúdo da correspondência.*

*Ora, dúvidas não restam de que o ato de se corresponder é inerente ao ser, mormente porque, como visto, integra o seu direito de personalidade, que, por sua vez, abarca os direitos de privacidade e de intimidade tutelados pela Constituição Federal. Por isso, merece repetição aqui o conceito de*

*Alcino Pinto Falcão, trazido por José Laércio Araújo, no sentido de que "...a correspondência, então, pode ser tida com um modo de projeção espiritual da própria pessoa."*<sup>19</sup>

*E igual situação é presenciada quando a comunicação dá-se através de meios eletrônicos, como por exemplo, através de e-mail, chat ou de mensagens instantâneas, que podem ser enviadas por vários programas<sup>20</sup> ou por telefone celular: o sujeito pode querer ou não contribuir para a construção do conteúdo desse tipo de correspondência. E, uma vez decidido num sentido positivo, tão-somente a ele e ao destinatário interessa o teor dessa construção, que só poderá ser divulgado mediante sua autorização.*

*Pelo que se observa, conquanto essa forma de comunicação seja mesclada à transmissão de dados, as peculiaridades concernentes àquela correspondência, cuja inviolabilidade foi tutelada lá em 1988 pelo legislador constitucional, permaneceram incólumes, não obstante a forte utilização da tecnologia, hodiernamente, para os atos de envio e de recebimento.*

*Assim sendo, é indubitável que a violação defesa pela Constituição Federal também abarca esse tipo de correspondência. E essa inviolabilidade, ao ser transportada para essa forma moderna, também traz consigo o debate doutrinário iniciado desde a promulgação da Carta Magna e que até hoje se estende: seria ela absoluta ou relativa? Haveria algum tipo de comunicação protegido constitucionalmente de forma relativa?*

*Para aclarar a questão, novamente se transcreve o aludido dispositivo: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações*

---

<sup>19</sup> ARAÚJO, José Laércio, op. cit., p. 90-91.

<sup>20</sup> O mais conhecido e utilizado é o Windows Messenger, comumente denominado de MSN.

*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.”*

*Analisando a referida norma, os posicionamentos sobre a questão são diversos.*

*No primeiro deles, a priori, a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados gozaria de uma presunção absoluta,<sup>21</sup> eis que o legislador guardaria a possibilidade da violação apenas para as comunicações telefônicas, quando asseverou que “no último caso” – ou seja, nesse tipo de comunicação – é que a ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual autorizaria essa quebra de sigilo, prevendo, para isso, a edição de uma lei que delimitasse as hipóteses nesses casos. Logo, a presunção de inviolabilidade sobre as comunicações telefônicas restaria configurada de forma relativa diante dessa previsão.*

*Ou seja, para a correspondência e para as comunicações telegráficas, nem uma ordem judicial afastaria o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados.*

*De outra banda, essa inviolabilidade atingiria também os dados, interpretação essa que entende a expressão “último caso” como abrangente deles, eis que, pela redação do dispositivo constitucional, correspondência e comunicações telegráficas consistiria no “primeiro caso”, e dados e comunicações telefônicas no “último caso”, o que demandaria uma ordem*

---

<sup>21</sup> Nesse sentido: TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 432.

*judicial para a quebra, passando-se a concluir que a presunção relativa recai sobre esses dois tipos de comunicação.*

*Assim, em ambos os posicionamentos, poder-se-ia afirmar que a presunção da inviolabilidade da correspondência é absoluta, não podendo ser maculada sequer por ordem judicial, pois não estaria englobada no “último caso” ressaltado pelo legislador.*

*Noutro sentido, agora se remete a análise acerca do termo “dados”, também constante do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Isso porque o avanço tecnológico mesclou a telefonia com a informática, por onde transitam o fluxo de comunicações a partir da transmissão de dados, gerando a telemática, que, consoante Luiz Flávio Gomes, “é a ciência que cuida da comunicação (transmissão, manipulação) de dados, sinais, imagens, escritos e informações por meio do uso combinado da informática (do computador) com as várias formas de telecomunicação.”<sup>22</sup>*

*Assim, estaria a proteção ao sigilo da correspondência também abrangida à de sigilo de “dados”, naqueles casos em que a forma de se corresponder dá-se através da transmissão de dados? Ou não estaria tal proteção englobada porque o legislador constitucional deixou expressamente consignado no dispositivo legal ora debatido que também é assegurada a inviolabilidade ao sigilo dos dados?*

*Antes de se esboçar qualquer entendimento, não há de se deixar de ressaltar que a comunicação telemática, embora não tenha feito parte do*

---

<sup>22</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica** – Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 165.

*texto constitucional, expressamente constou no texto da Lei 9.296/96, que veio regulamentar a parte final do inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal, referente à possibilidade de quebra de sigilo das comunicações telefônicas. O artigo 1º da referida lei traz o seguinte:*

*Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do Juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.*

*Parágrafo único: O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.*

*Desta feita, novas indagações surgem acerca da espécie do sigilo sob o qual estaria a telemática amparada, eis que no texto legal consta a necessidade de ordem judicial para interceptar o fluxo de comunicações em sistemas de telemática, e não o conteúdo de tais comunicações, formadas a partir da transmissão de dados.*

*Pois bem. Voltando à análise do termo “dados”, e se valendo dos escritos de Frederick B. Burrowes, que busca amparo no famoso Dicionário Aurélio e em Limongi França, tem-se que:*

*Consta no Novo Dicionário da Língua Portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira a seguinte definição para “dados”: “Representação convencional de fatos, conceitos ou instruções de forma apropriada para comunicação e processamento por meios automáticos; informação em forma codificada.”*

*Na Enciclopédia Saraiva do Direito encontra-se que em “processamento de dados, dado é qualquer símbolo (letra, número, caráter especial (sic) ou conjunto deles, que tenha algum significado para determinado programa... Ao computador fornecemos os dados; dele recebemos as informações.”<sup>23</sup>*

*Ora, diante de tais definições, a constatação à qual se chega é que se faz irrelevante qual o tipo de correspondência para que haja a garantia da inviolabilidade tutelada pela Constituição Federal. Logo, seja ela entregue a partir da transmissão de dados ou não, o que importa é que a construção do teor continua a prescindir da manifestação da vontade, no sentido de se querer o conteúdo, bem como de encaminhá-lo ao destinatário escolhido, e, principalmente, de divulgá-lo a terceiros.*

*Ademais, o legislador constitucional, ao tutelar a inviolabilidade do sigilo de dados, provavelmente o fez no intuito de proteger a divulgação desarrazoada dos dados pessoais dantes presenciada - mormente no período repressor da ditadura, onde praticamente não havia segurança jurídica - eis que naquela época, em 1988, quando a Constituição Federal foi promulgada, o país estava começando a experimentar a revolução tecnológica, quando a informática ainda era privilégio de poucos, sobretudo das empresas e do meio acadêmico.*

*Saliente-se ainda que, o caminho para o envio da correspondência eletrônica, em se tratando de e-mail, é chamado de endereço eletrônico. Já, o encaminhamento dos comumente chamados “torpedos”, mensagens de*

---

<sup>23</sup> Op. cit., p. 13.



*texto enviadas através de celular, também requer um endereço, o qual se dá pelo número do telefone celular do destinatário.*

*Ou seja, os requisitos desse tipo de correspondência são os mesmos existentes antes da chamada revolução tecnológica, que possibilitou a forma eletrônica de comunicação. Ainda, não se pode deixar de mencionar que, simbolicamente, a figura usada para identificar as correspondências eletrônicas, tanto nos computadores, como nos telefones celulares, é a de um envelope.*

*Assim, de uma forma ou de outra, entende-se que a inviolabilidade da correspondência eletrônica encontra amparo na proteção constitucionalmente prevista, bem como na que tutela o direito à intimidade e à vida privada, que não poderá ser maculado sem necessidade, cuja justificação, num Estado Democrático de Direito, encontra amparo numa decisão judicial devidamente fundamentada e que ateste a razoabilidade dessa quebra.*

##### ***5. A violação do conteúdo das mensagens recebidas através de telefone celular: prova válida para fins criminais?***

*Em se tratando do processo penal, a observância aos requisitos assecuratórios do devido processo legal, implica cuidado redobrado nos procedimentos que o dirigem, a fim de que os direitos e garantias fundamentais não restem maculados.*

*Transportando essa cautela para o que ora se debate, o que se vê é que nem sempre se dispensa a importância salientada, utilizando-se, o processo, como mecanismo que tão-somente representa a legitimação do intuito de se condenar a qualquer preço, como se a justiça que cabe ao Estado promover fosse representada apenas pelo triunfo acusatório.*

*Assim, em se tratando dos tipos de comunicação, cuja inviolabilidade é tutelada pela Constituição Federal, verifica-se que a relevância para a quebra do sigilo é dada quando se trata das comunicações telefônicas. A isso provavelmente se deve a existência da Lei nº 9.296/96, cuja previsão constitucional obrigou sua criação.*

*Todavia, conquanto a legislação não acompanhe o avanço das tecnologias, impossibilitando, inclusive, que uma lei preveja que possa ocorrer constante mudança nesse sentido sobre a matéria que tutela, simplesmente não se pode fechar os olhos para as adequações que precisam ser feitas quando o caminhar de ambas não se dá lado a lado.*

*É isso que constantemente ocorre quando o juiz, em seu ofício de julgar, não toma o cuidado de examinar melhor se determinada situação, se carente de lei específica, não é enquadrada em outras tutelas constitucionalmente asseguradas, embora tenha a obrigação de ter em mente que a Carta Magna é a lei máxima e que sempre a ela deva se amparar.*

*E, em se tratando do presente tema, como o legislador, em 1996, na Lei nº 9.296, que disciplina as hipóteses da quebra do sigilo telefônico para*

*investigação criminal, apenas previu a disseminação da telemática, a priori, o entendimento que se dá é que somente nos casos envolvendo mensagens eletrônicas enviadas e recebidas por e-mail é que a autorização da inviolabilidade nos termos do ali constante é aplicada.*

*Naquela época, não se imaginou que seria possível corresponder-se por escrito, através do telefone.*

*Dessa forma, a idéia calcificada é a de que somente quando envolver a necessidade da quebra do sigilo telefônico e da correspondência eletrônica, por e-mail, é que seria imprescindível a autorização judicial prevista.*

*Assim, o tratamento dispensado às mensagens de texto trocadas via celular – os comumente chamados “torpedos” – quando utilizadas em questões processuais penais como suporte probatório, fica muito aquém dos postulados constitucionais acima demonstrados .*

*Tem-se a seguinte situação hipotética: um indivíduo é preso em flagrante portando drogas em pequena quantidade, e o policial, na ocasião, apanha o celular dessa pessoa e começa a ler as mensagens pelo aparelho recebidas, mensagens essas que remetem à comercialização de substâncias entorpecentes.*

*Tais mensagens são levadas em conta, tanto para fins de investigação policial, quanto para o Juiz ratificar a prisão em flagrante, bem como para formar o convencimento do Promotor de Justiça, que, baseando-se, sobretudo, no conteúdo delas, denuncia o sujeito por crime de tráfico de*

*entorpecentes, delito esse pelo qual é condenado, valorando-se, para tal, acentuadamente, dita prova.*

*Eis a questão: diante da análise dantes esboçada, pode ser ela considerada válida?*

*Primeiramente, em face do estudo até aqui efetuado, diante da tutela constitucional acerca da inviolabilidade do sigilo da correspondência, da intimidade e da vida privada, a resposta que se dá categoricamente é NÃO.*

*Isso porque, além da conduta do policial violar o direito à intimidade e à vida privada do sujeito, violou também o conteúdo de sua correspondência eletrônica, afrontando importantes direitos fundamentais, mormente, os voltados ao devido processo legal.*

*Não há como se negar que o princípio da dignidade da pessoa humana, corolário dos direitos e garantias fundamentais, não foi observado no caso em tela. A intimidade, integrante dessa dignidade, traduz-se na vontade de escolha do sujeito, de querer ou não que se tenha acesso ao conteúdo do seu celular, vontade essa que deve ser respeitada, independentemente dos motivos que o levam a não querer a devassa, porque simplesmente é um direito seu e inerente ao seu ser.*

*Indo-se um pouco mais além, esse direito é ratificado porque, nessa zona cinzenta em que se situa esse tipo de comunicação – mescla entre a correspondência enviada através de dados via telefone – na qual não há norma específica que autorize qualquer tipo de violação, o indivíduo não é obrigado a produzir prova contra si mesmo.*

*Segundo Maria Elizabeth Queijo, “...o princípio nemo tenetur se detegere, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.”<sup>24</sup>*

*No caso em questão, o sujeito imaginado, ao receber voz de prisão e ter seu aparelho celular devassado pelo policial, foi afrontado nesse direito, pois, naquele momento, somente com autorização sua é que se poderia ter acesso ao celular, bem como ao teor das informações que lá constavam, seja das ligações ou das mensagens, eis que não era ele obrigado a produzir prova contra si mesmo.*

*Processualmente falando, bastaria a invocação desse princípio para se determinar a ilicitude da prova, eis que obtida sem a autorização judicial, que é o único mecanismo capaz de autorizar a devassa na intimidade e na privacidade do indivíduo, desde que devidamente fundamentada a fim de demonstrar a relevância da quebra da inviolabilidade.*

*Ademais, o princípio da proporcionalidade “...traduz uma ponderação, uma opção entre princípios que se encontram em conflito. Constitui uma relação entre meios e fins, havendo violação a este princípio, quando os meios são desproporcionais ou inapropriados.”<sup>25</sup> E, o que se*

---

<sup>24</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo – o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.

<sup>25</sup> CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de informática e seus aspectos processuais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 122.

*observa é essa falta de equilíbrio entre os fins e os meios para se fazer cumprir o comando penal legal, eis que, conquanto, ao se punir uma conduta criminosa esteja se “reparando” a sociedade por ela afrontada, não pode o Estado simplesmente fechar os olhos para os direitos daquele que tem tolhida a sua liberdade a qualquer preço, para efetivar essa reparação.*

*Nessa situação hipotética, outros meios existiam para que se possibilitasse a colheita probatória a fim de justificar a segregação ao indivíduo imposta, meios esses que não violassem direitos que lhe são inerentes, e dentro do devido processo legal. Todavia, o valor probante atribuído ao conteúdo das mensagens de seu celular foi crucial para se determinar e se manter sua prisão, bem como para o condenar.*

*Sendo a presunção de inocência a regra, o ônus probatório cabe, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, a quem acusa, ou seja, ao Ministério Público, o qual, imbuído das informações acerca dos indícios de materialidade e de autoria apurados na investigação preliminar, forma o seu convencimento para iniciar a ação penal.*

*Ao acusado cabe exercer a defesa em toda a sua plenitude, utilizando todos os mecanismos legais para isso. De igual forma, em observância ao princípio da isonomia, insculpido no artigo 5º, I da Constituição Federal, do qual decorre a garantia de tratamento igualitário no processo penal, para se fundamentar a acusação, também os mecanismos devem ser investidos de legalidade, sob pena de imparcialidade.*

*Por isso, o legislador constitucional, visando coibir abusos cometidos pelo Estado em face do particular, restou expressamente consignados direitos e garantias fundamentais revestidos de caráter pétreo, consoante*

*disposição do artigo 60, § 4º, IV, os quais somente podem ser violados para fins criminais, demonstrada de forma fundamentada a necessidade e observada a respectiva razoabilidade para tal.*

*Desta feita, a prova colhida pelo policial no caso que ora se analisa é revestida de total ilegalidade, eis que afrontou seriamente garantias individuais constitucionalmente asseguradas ao indivíduo que teve seu celular devassado sem dar permissão para isso. Por isso, tal prova não pode ser admitida, conforme prevê o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, bem como o artigo 157 do Código de Processo Penal:*

*LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*

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

*Embora as mensagens remetam a uma prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, como foram obtidas de maneira ilícita, sem a respectiva ordem judicial para a obtenção, são imprestáveis a fim de comprovar a imputação de tal prática ao sujeito, não podendo, destarte, serem valoradas.*

*Nesse sentido, mister aqui se faz destacar recente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o qual, embora não seja inerente à matéria criminal, retrata bem essa observância aos direitos e garantias fundamentais.*

*Trata-se de um caso onde, a fim de comprovar traição, a parte requereu a quebra do sigilo telefônico de sua companheira, tanto das conversas, quanto das mensagens de texto por ela enviadas e recebidas em seu aparelho celular. A bem acertada decisão indeferiu o pedido, alegando que a quebra requerida somente seria possível se houvesse justificativa plausível para tal. Segue a ementa:*

AGRAVO. DECISÃO QUE INDEFERE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO DA COMPANHEIRA. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1 – *Decisão contrária à pretensão da parte não é o mesmo que negativa de prestação jurisdicional. O que a Constituição Federal exige no art. 93, IX, é que a decisão seja fundamentada, não que seja correta na sua fundamentação e na solução das questões de fato e de direito.*

2 – *O teor de mensagens de texto, transmitidas por telefone celular, dizendo respeito a intimidade e vida privada, é inviolável, inviolabilidade que, de índole constitucional (art. 5º, X, da CF), só pode ser devassada se houver razoável justificativa.*

3 – *Agravo não provido.*

*(TJDF – 6ª T.Cível - Agr. Reg. no Ag. de Inst. nº 20100020091741AGI – Rel. Des. Jair Soares – Ac. nº 433.008 – J. 07.07.10) [grifamos]*

*Como se observa, a decisão denegatória corroborou da previsão constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, ao negar o acesso do ex-companheiro às mensagens de texto.*



*Assim, é inerente que, no caso ora analisado, a ilicitude maculou toda a atividade penal persecutória diante da maneira ilegal de como se obteve a prova, a partir da devassa do telefone celular.*

## **6. Conclusão**

*Na presente abordagem, verificou-se que, em se tratando de inovação tecnológica, nem sempre a legislação acompanha esse avanço.*

*Aqui tomado por escopo a análise das mensagens recebidas/enviadas através de telefone celular como meio probatório no processo penal, observou-se que ainda se carece, por parte dos operadores do Direito, de uma análise mais acurada acerca da possibilidade de utilização para essa finalidade, eis que comumente não se atenta para a violação do preceito constitucional que circunda essa prova, consubstanciado na intimidade e na vida privada, bem como na inviolabilidade da correspondência.*

*Como se demonstrou, por integrar referida tutela constitucional, somente com a autorização do destinatário ou do emissor das aludidas mensagens é que se pode devassar seu conteúdo, não se justificando a atuação do Estado nesse sentido, sem haver a respectiva ordem judicial devidamente motivada, a fim de demonstrar a necessidade da quebra desse sigilo.*

*Dessa forma, caso haja a violação sem esses requisitos – autorização do destinatário/emissor das mensagens ou ordem judicial que fundamente a*

*devassa – a prova obtida a partir do conteúdo traduz-se em prova ilícita, vedada pela Constituição Federal.*

## **7. Bibliografia**

ARAÚJO, José Laércio. **Intimidade, vida privada e Direito Penal**. São Paulo: WVC Editora, (?).

BURROWES, Frederick B. A proteção constitucional das comunicações de dados: internet, celulares e outras tecnologias. **Revista Jurídica – Presidência da República, Brasília**, v. 9, n. 87, 2007.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de informática e seus aspectos processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira et. all. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo – o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

**Publicado no livro: Processo Penal, Constituição e Crítica  
Estudos em homenagem ao Prof. Jacinto Nelson de Miranda  
Coutinho  
Organizador: Gilson Bonato  
Lumen Juris Editora / 2011**