



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.645.137 - MT (2016/0335417-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JULCIMAR ZACARIAS SOUZA DE ARRUDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. EXISTÊNCIA DE PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E EXAME DOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DETERMINAÇÃO AO JUÍZO DE 1º GRAU. ANÁLISE POR ESTA CORTE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Determinada a anulação as provas obtidas sem autorização judicial e o seu desentranhamento dos autos por esta Corte, o juízo acerca da existência de prova ilícita por derivação e exame da aptidão dos demais elementos probatórios para lastrear a condenação deve ser procedido pelo magistrado de piso, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório, o que atrairia a Súmula 7/STJ.
2. Encerrada a instrução criminal, não há falar no encaminhamento de pedido de interceptação das comunicações feitas pelo *whatsapp*, requerido pelo Ministério Público subsidiariamente.
3. Devem os autos retornar ao juízo de 1º Grau para a prolação de nova sentença, valorando-se as provas remanescentes, excluídas as obtidas sem autorização judicial, cujo desentranhamento foi determinado, bem como as provas ilícitas por derivação.
4. Agravo regimental improvido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de junho de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.645.137 - MT (2016/0335417-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **JULCIMAR ZACARIAS SOUZA DE ARRUDA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão que deu parcial provimento ao recurso especial para anular as provas produzidas sem autorização judicial, determinando ao Juízo de 1º Grau o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se a novo julgamento.

Sustenta o agravante que, *ainda que se considerem ilícitas as provas obtidas pelas conversas de whatsapp, há provas suficientes do tráfico, as quais não deriva, da suposta prova ilícita* (fl. 338).

Alega que, diante da apreensão em flagrante das drogas e confissão do recorrente, é indissociável a aplicação da teoria da fonte independente segundo a qual, conforme leciona Renato Brasileiro Lima, *se houve fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originalmente ilícita, com esta não mantendo vínculo casual, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária* (fl. 342).

Aduz que basta que se determine o desentranhamento integral das provas produzidas sem autorização judicial, sendo desnecessária a realização de novo julgamento.

Requer a reconsideração da decisão ou a sua submissão à Sexta Turma, a fim de que proveja o agravo regimental. Subsidiariamente, requer o Ministério Público seja consignado no acórdão que *não está impedida a autoridade policial, uma vez anulada a prova, de encaminhar pedido de interceptação das comunicações feitas pelo whatsapp* (fl. 345).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.645.137 - MT (2016/0335417-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

JULCIMAR ZACARIAS SOUZA DE ARRUDA interpõe recurso especial em face de acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - SENTENÇA CONDENATÓRIA - NULIDADE DE PROVAS - PRELIMINAR REJEITADA - PRETENSÃO DEFENSIVA DE ABSOLVIÇÃO/DESCCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA O TRÁFICO DE DROGAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA DE MULTA - APLICAÇÃO EM PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA NÃO POSSUI O CONDÃO DE REDUZIR A PENA PECUNIÁRIA - DETRAÇÃO QUE NÃO INFLUENCIARÁ NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL - RÉU REINCIDENTE - RECURSO DESPROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

O acesso, pelo Núcleo de Inteligência Policial, às imagens e conversas do aplicativo WhatsApp contidas em aparelho celular apreendido no flagrante prescinde de autorização judicial, ato afeta à interceptação telefônica.

Mostram-se injustificáveis os pedidos de absolvição e desclassificação do delito tráfico de drogas quando as provas, sendo coerentes e seguras, comprovam a responsabilidade penal imputada ao agente.

A impossibilidade financeira do agente não possui o condão de reduzir a pena pecuniária, "pois tratase de sanção de aplicação cogente e inexistente previsão legal que possibilite a isenção do preceito secundário contido no tipo penal incriminador" (STJ, HC nº 298.188/RS).

A detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP será realizada apenas quando importar na alteração do regime prisional, caso contrário competirá ao Juízo da Execução sua análise, nos termos do art. 66, III, c, da LEP.

Nas razões recursais, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, sustenta violação do art. 157 do CPP, apontando a nulidade do acesso, sem autorização judicial, de mensagens armazenadas em aparelho celular.

Requer, assim, a reforma do acórdão recorrido, decretando-se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nulidade das provas ilícitas, com a consequente absolvição do Recorrente pela ausência de prova de autoria (fl. 279).

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, às penas de 6 anos e 3 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 625 dias-multa.

A Corte de origem negou provimento ao apelo defensivo, rejeitando a preliminar de nulidade, com a seguinte fundamentação (fls. 254/255):

O aparelho celular do apelante fora apreendido pelos policiais militares Jean Pool Correa e Hudson dos Reis Marino, responsáveis pela prisão em flagrante, e, posteriormente, foi encaminhado ao Núcleo de Inteligência Policial "afim de verificar se constam elementos que possam fornecer maiores informações sobre o tráfico de entorpecente (fl. 23v).

Na "análise do telefone, foram examinados os dados gravados na memória interna do referido aparelho", oportunidade em que 'foi constatada a existência de conteúdo suspeito', consubstanciado em imagens "de pessoas ostentando grande quantia de dinheiro e também arma de fogo" e em conversas do aplicativo WhatsApp, onde há possível negociação sobre venda de droga feita por Julcimnar", conforme se extrai do Auto de Constatação de Dados Armazenados em Telefone Celular de fls. 40/49, subscrito pela Escrivã de Polícia Glaucia Fernanda Valério.

O c. Stj recentemente decidiu que "ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial" (RHC nº 51.531/RO - Relator: Min. Nefi Cordeiro Sexta Turma-9.5.2016).

Em entendimento contrário, também reconheceu que, "apreendido o telefone celular do réu, que restou submetido à perícia", o acesso "às mensagens na caixa c/c entrada do aparelho [...], que corroboraram as demais provas

[...]

Diante desse dissídio jurisprudencial, em que pese a recente decisão do e. STJ, **filio-me à orientação deste e. Tribunal, a qual tem suporte em aresto da Suprema Corte.**

Logo, **não reconheço a alegada nulidade apta a justificar o desentranhamento dos elementos de provas constantes às fls. 40/49 (grifei).**

De fato, Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial (RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016).

Quanto ao acesso de dados do aparelho, ocorre devassa de conteúdo particular, com violação à intimidade do agente. Embora possível, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DILIGÊNCIAS PARA VERIFICAR O REGULAR CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Embora não sejam absolutas as restrições de acesso à privacidade e aos dados pessoais do cidadão, e mesmo considerado o interesse público no acompanhamento da execução penal, imprescindível é a qualquer decisão judicial a explicitação de seus motivos (art. 93, IX, da Constituição Federal).

2. Diligências invasivas de acesso a dados (bancários, telefônicos e de empresa de transporte aéreo) deferidas sem qualquer menção à necessidade e proporcionalidade dessas medidas investigatórias, não propriamente de crime, mas de regular cumprimento de pena imposta. Nulidade reconhecida.

3. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1133877/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 157 DO CPP. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/1990. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DA PROVA. 2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Afigura-se decorrência lógica do respeito aos direitos à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF) a proibição de que a administração fazendária afaste, por autoridade própria, o sigilo bancário do contribuinte, especialmente se considerada sua posição de parte na relação jurídico-tributária, com interesse direto no resultado da fiscalização. **Apenas o Judiciário, desinteressado que é na solução material da causa e, por assim dizer, órgão imparcial, está apto a efetuar a ponderação imprescindível entre o dever de sigilo - decorrente da privacidade e da intimidade asseguradas ao indivíduo, em geral, e ao contribuinte, em especial - e o também dever de preservação da ordem jurídica mediante a investigação de condutas a ela atentatórias.**

2. Recurso especial a que se dá provimento para reconhecer a ilicitude da prova advinda da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, determinando-se que seja proferida nova sentença,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastada a referida prova ilícita e as eventualmente dela decorrentes (REsp 1361174/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 10/06/2014).

No tocante às conversas mantidas pelo aplicativo Whatsapp – forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores –, ocorre efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, em que, para o acesso, exige-se igualmente a prévia ordem judicial:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO REVELAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. MEDIDAS CAUTELARES DETERMINADAS. AFASTAMENTO DE SIGILO DE CORREIO ELETRÔNICO. DURAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. PRAZO: DE 2004 A 2014. FUNDAMENTAÇÃO PARA A QUEBRA DO SIGILO DO E-MAIL NO PERÍODO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência.

2. In casu, a constrição da comunicação eletrônica abrangeu um ancho período, superior a dez anos, de 2004 a 2014, sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade, devendo-se, assim, prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública.

3. Lastreadas as decisões de origem em argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar azo ao procedimento tão drástico executado nos endereços eletrônicos do acusado, de se notar certo açodamento por parte dos responsáveis pela persecução penal.

4. Ordem concedida, com a extensão aos co-investigados em situação análoga, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).

Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversa à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de whatsapp obtidas de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, do RISTJ e na Súmula 568/STJ, dou parcial provimento ao recuso especial para anular as provas produzidas sem autorização judicial, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se a novo julgamento.

Como se viu do relatório, a pretensão do Ministério Público restringe-se ao dispositivo da decisão que determinou a realização de novo julgamento, uma vez desentranhadas as provas obtidas sem autorização judicial.

Não procede a insurgência, porquanto, determinada a anulação as provas obtidas sem autorização judicial e o seu desentranhamento dos autos, o juízo acerca da existência de prova ilícita por derivação e exame da aptidão dos demais elementos probatórios para lastrear a condenação deve ser procedido pelo magistrado de piso, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório, o que atrairia a Súmula 7/STJ.

Ademais, encerrada a instrução criminal, não há falar no encaminhamento de pedido de interceptação das comunicações feitas pelo *whatsapp*, requerido pelo Ministério Público subsidiariamente. Assim, devem os autos retornar ao juízo de 1º Grau para a prolação de nova sentença, valorando-se as provas remanescentes, excluídas as obtidas sem autorização judicial, cujo desentranhamento foi determinado, bem como as provas ilícitas por derivação.

Assim, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos, uma vez que o recorrente não apresentou fundamentos aptos a desconstituir as premissas fáticas e jurídicas nela assentadas.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0335417-5

AgRg no
REsp 1.645.137 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00198677920148110042 1243582016 665992016

PAUTA: 27/06/2017

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JULCIMAR ZACARIAS SOUZA DE ARRUDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JULCIMAR ZACARIAS SOUZA DE ARRUDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.