



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 79.452 - RR (2016/0321671-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : ISABELLE CUNHA QUEIROZ
ADVOGADO : EDNALDO GOMES VIDAL - RR000155B
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RORAIMA

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE PROCESSUAL. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE MENSAGENS DE WHATSAPP. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO

1. *"Ícita 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 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016)

2. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido a fim de declarar a nulidade das provas obtidas no celular da recorrente sem autorização judicial, cujo conteúdo deve ser desentranhado dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 79.452 - RR (2016/0321671-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
RECORRENTE : ISABELLE CUNHA QUEIROZ
ADVOGADO : EDNALDO GOMES VIDAL - RR000155B
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RORAIMA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, sem pedido liminar, interposto em favor de ISABELLE CUNHA QUEIROZ, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (HC n.º 0000.16.000968-4).

Consta nos autos que a recorrente foi presa em flagrante, no dia 4/1/2016, sendo posteriormente denunciada como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006.

Irresignada, impetrou *habeas corpus*, que foi denegado em acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS. ARTIGOS 33 E 35 AMBOS DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DE PROVA PRODUZIDA. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DAS FOLHAS QUE CONTÉM AS MENSAGENS RETIRADAS DO CELULAR DA PACIENTE, TROCADAS POR MEIO DO APLICATIVO WHATSAPP. CELULAR APREENDIDO NO MOMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. PONDERAÇÃO DE INTERESSE ENTRE A INTIMIDADE DE UMA PESSOA E O BEM-ESTAR E PAZ SOCIAL DE TODA A COLETIVIDADE. PREVALÊNCIA DA PAZ SOCIAL. VÍCIO NÃO CARACTERIZADO. DECLARADAS VÁLIDAS AS PROVAS COLHIDAS POR MEIO DO APLICATIVO DE CELULAR DENOMINADO WH1ATSAPP. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA EM CONSONÂNCIA COM O PARECER ORAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO GRADUADO." (fl. 245)

Na razões do presente recurso, aduz a defesa, em suma, que a prova pericial obtida no aplicativo Whatsapp do aparelho celular da recorrente está revestida de ilegalidade, pois foi colhida sem ordem judicial.

Requer, assim, a declaração da nulidade das provas obtidas no aparelho celular da recorrente, com o consequente desentranhamento das transcrições obtidas ilegalmente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso em *habeas corpus* (fls. 297/303).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 79.452 - RR (2016/0321671-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

No caso, o Tribunal de origem, por maioria, denegou a ordem de *habeas corpus* em acórdão assim fundamentado, *in verbis*:

"[...]

Em síntese, o impetrante alega a existência de nulidade na prova material, obtida no aparelho celular da paciente, tendo em vista que a autoridade policial teria visualizado as mensagens enviadas e recebidas pelo aplicativo de celular denominado Whastapp, sem autorização judicial.

Aduz que a prova é ilícita, razão pela qual requer a concessão da ordem para que sejam desentranhadas as provas ilícitas, com declaração de nulidade das provas obtidas (mensagens obtidas no celular do paciente).

Em que pesem as alegações da Paciente, sobre possível constrangimento ilegal que esteja sofrendo em virtude de estar respondendo a processo criminal em decorrência de provas obtidas por meio ilícito, entendo que não merecem prosperar.

Vejamos:

Segundo consta na denúncia a paciente foi presa em flagrante delito por ter em depósito 11,32g (onze gramas e trinta e dois decigramas) de maconha acondicionadas em 02 (dois) invólucros, e dentro de um dichavador de metal, 111,3 g (cento e onze gramas e três decigramas) de maconha.

Dessa forma, presentes indícios suficientes de autoria, não merece amparo a pretensão da Paciente.

Verifica-se dos autos que, em decorrência do exercício da atividade policial que culminou na prisão do Paciente foram apreendidos vários objetos, dentre os quais apetrechos para manipulação de drogas e, os aparelhos celulares que foram analisados pela polícia, com a constatação de registro de conversas demonstrando intensa mercancia de substâncias entorpecentes pela paciente.

O impetrante alega que a Paciente está sofrendo constrangimento ilegal em razão do acesso ao conteúdo das mensagens do seu telefone celular, pela polícia.

Ademais, o acesso aos dados sem ordem judicial - representa mero meio material indireto de prova, no qual a autoridade policial, cumprindo o seu mister, busca, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito.

Há um conflito entre o direito à intimidade e a segurança pública e o bem-estar social da coletividade. É cediço que o tráfico de drogas tem crescido em grande escala em detrimento da paz social, o que tem causado grandes malefícios a várias famílias e à sociedade em geral, assim, devem-se levar em consideração os interesses em jogo, a intimidade de uma pessoa ou bem-estar e a paz social de toda a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coletividade. Deve haver uma ponderação de interesses, e entre eles, deve prevalecer a paz social.

O crime imputado à paciente coloca em risco a segurança da sociedade.

Pelas razões expostas, não vislumbro constrangimento ilegal suscetível de concessão de writ, razão pela qual conheço a presente ordem e a denego, em consonância com o parecer ORAL do Ministério Público Graduado.

É como voto." (fls. 242/244)

No caso, cumpre anotar que esta Corte vem tratando a quebra de sigilo das comunicações de forma legalista, ou seja, observadas as normas legais e a prévia autorização judicial, é possível a utilização das provas dela obtidas, sendo consideradas lícitas para fins de incriminação no Direito Penal.

Conforme disciplina o art. 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

De fato, a lei considera inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, com violação à Constituição Federal e às normas legais, assim como aquelas originariamente lícitas, mas que derivam das ilícitas, devendo ser desentranhadas dos autos quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não puderem ser obtidas senão por meio daquelas.

No art. 186, do mesmo Diploma legal, consagrou-se o direito ao silêncio, *verbis*:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Busca-se, desta forma, coibir a colheita de provas ilícitas pelo Estado, que afetem de algum modo os direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e o sigilo das comunicações, à luz da garantia contra a autoincriminação.

Trata-se de direito à liberdade, em que se busca a exclusão da culpabilidade do acusado, baseado no princípio *nemo tenetur se detegere*, que se constitui também em princípio fundamental do processo penal, no contexto da produção probatória.

Isso é consectário do art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal de 1988, que assegura ao cidadão o direito de não se autoincriminar ou de não fazer prova contra si mesmo, instituto já consagrado no Pacto de São José da Costa Rica, que foi internalizado no País por meio do Decreto n. 678/1992, sendo crucial para a construção de um sistema punitivo compatível com o Estado Democrático de Direito.

Acerca do tema, o il. prof. e penalista LUIZ FLÁVIO GOMES, tece as seguintes considerações:

Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. São intoleráveis a fraude, a coação, física ou moral, a pressão, os artificialismos etc. Nada disso é válido para a obtenção da prova. A garantia de não declarar contra si mesmo (que está contida no art. 14.3, g, do PIDCP, assim como no art. 8º, 2, g, da CADH) tem significado amplo. O não declarar deve ser entendido como qualquer tipo de manifestação (ativa) do agente, seja oral, documental, material etc.

.....

O cerne do direito de não auto-incriminação reside (fundamentalmente) numa inatividade (o réu tem direito de não falar, se falar, direito de não falar a verdade, direito de não confessar, de não apresentar prova contra ele, de não participar ativamente da produção de uma prova incriminatória etc.). Isso explica porque o réu, quando ultrapassa esse campo da inatividade para ingressar numa atividade perturbadora da produção da prova, como é o caso da inovação do local dos fatos por exemplo (remoção de sangue do local, mudança do local do veículo etc.), já não mais se encontra amparado pelo princípio (garantia) da não auto-incriminação (podendo até ser responsabilizado criminalmente, pelo delito de fraude processual, por exemplo). A única manifestação ativa do direito de não auto-incriminação consiste no direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de declarar o inverídico. Nesse caso, o limite está na afetação de direitos de terceiros. O réu pode declarar o inverídico, mas não pode prejudicar terceiros.

O sistema norte-americano vem sendo citado como exemplo dessa interpretação restritiva do direito de não auto-incriminação, sobretudo a partir da decisão da Suprema Corte, proferida no Caso *Schmerber vs. Califórnia*, em 1966. Por 5 votos a 4 a Corte delimitou o direito de não auto-incriminação às declarações comunicativas do réu, orais ou escritas.

Cuida-se de restrição que no nosso sistema seria inconstitucional e inconveniente, porque do direito ao silêncio, do direito de não declarar contra si mesmo e do direito de não confessar (CF, art. 5º, LXIII; CADH, art. 8º, 2, g; PIDCP, art. 14.3, g) fazem parte, implícita e naturalmente, todas as demais dimensões da não auto-incriminação, que tem seu núcleo essencial fundado em uma inatividade (ou em uma atividade não prejudicial a terceiros) (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010).

Esta Corte Superior de Justiça já teve oportunidade de apreciar a questão do acesso a informações constantes de aparelho celular sem autorização judicial:

PROCESSO PENAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PROVAS EXTRAÍDAS DO APARELHO DE TELEFONIA MÓVEL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO TELEFÔNICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL NÃO EVIDENCIADAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO APLICÁVEL. LEI PENAL EM BRANCO HETERÓLOGA. SUBSTÂNCIA PSICOTRÓPICA ELENCADE NA PORTARIA 344/98 DA ANVISA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O entendimento perfilhado pela Corte a quo está em harmonia com a jurisprudência pacífica deste Tribunal, segundo a qual, sendo o crime de tráfico de drogas, nas modalidades guardar e ter em depósito, de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal. Ainda, a prisão em flagrante é possível enquanto não cessar a permanência, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes.

2. Embora seja despicienda ordem judicial para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreensão dos celulares, pois os réus encontravam-se em situação de flagrância, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática. Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública. Precedente.

3. O art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do sigilo telefônico, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais, devendo a mitigação de tal preceito, para fins de investigação ou instrução criminal, ser precedida de autorização judicial, em decisão motivada e emanada por juízo competente (Teoria do Juízo Aparente), sob pena de nulidade. Além disso, somente é admitida a quebra do sigilo quando houve indício razoável da autoria ou participação em infração penal; se a prova não puder ser obtida por outro meio disponível, em atendimento ao princípio da proibição de excesso; e se o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

4. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Precedentes).

5. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Mister se faz consignar que provas conclusivas acerca da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despedidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

6. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do writ. Precedentes.

7. Esta Corte Superior de Justiça há muito consolidou seu entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que o bem jurídico protegido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é a saúde pública, sendo o delito de perigo abstrato, afigurando-se irrelevante a quantidade de droga apreendida" (AgRg no REsp 1578209/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016).

8. O cloreto de etila está elencado como substância psicotrópica na Portaria n. 344/98 da ANVISA, cuja comercialização é defesa em todo o território nacional, tratando-se de droga para fins do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, norma penal em branco heteróloga.

9. Recurso parcialmente provido, tão somente para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos (RHC 67.379/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2016)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. 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.

2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016)

No caso presente, o Tribunal de origem considerou que "o acesso aos dados sem ordem judicial - representa mero meio material indireto de prova, no qual a autoridade policial, cumprindo o seu mister, busca, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito." (fl. 243)

Entendeu também que "Há um conflito entre o direito à intimidade e a segurança pública e o bem-estar social da coletividade. (...) Deve haver uma ponderação de interesses, e entre eles, deve prevalecer a paz social." (fl. 244)

Como se vê, o Tribunal de origem decidiu a questão em dissonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça, firmado no sentido de que é ilícita a análise de mensagens de whatsapp obtidas sem autorização judicial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso em *habeas corpus* para declarar a nulidade das provas obtidas no celular da recorrente sem autorização judicial, cujo conteúdo deve ser desentranhado dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0321671-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 79.452 / RR

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000160009684 00009685820168230000 160009684

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: ISABELLE CUNHA QUEIROZ
ADVOGADO	: EDNALDO GOMES VIDAL - RR000155B
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RORAIMA
CORRÉU	: RENAN GABRIEL FERREIRA
CORRÉU	: CHARLES GONSALES
CORRÉU	: JONAS DIAS CARNEIRO NETO
CORRÉU	: ÍTALO GUILHERME VIRIATO DA SILVA
CORRÉU	: EMANOEL JONAS DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.