



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 78.747 - RS (2016/0310346-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : EDER RICARDO DOS REIS
ADVOGADOS : DIOGO JARDEL BOFF - RS075765
PEDRO FRANCISCO FERNANDES POMNITZ - RS095700
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO.

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas).

2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do recorrente, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP.

3. Recurso em *habeas corpus* provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de junho de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 78.747 - RS (2016/0310346-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **EDER RICARDO DOS REIS**
ADVOGADOS : **DIOGO JARDEL BOFF - RS075765**
: **PEDRO FRANCISCO FERNANDES POMNITZ - RS095700**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por EDER RICARDO DOS REIS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado (e-STJ fl. 646):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ANÁLISE, PELA AUTORIDADE POLICIAL, DE “MENSAGENS SMS” REGISTRADAS NO APARELHO DE TELEFONE CELULAR APREENDIDO COM O PACIENTE.

Paciente preso em flagrante na posse de significativa quantidade de crack e cocaína, tendo a autoridade policial, posteriormente, realizado buscas no aparelho de telefone telefonia móvel também apreendido, oportunidade em que verificou a existência, tão-somente, mensagens de SMS contendo diálogos e fotografias.

Tem-se, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, ...não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados” (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09- 2012).

Análise de mensagens SMS que, constituindo meros “registros” telefônicos, não estavam submetidos à cláusula de reserva de jurisdição de que trata o artigo 5º, XII, da CRFB.

Caso em que, ademais, embora o fato descrito na pela incoativa contemple a constatação da existência de mensagens de SMS que apontam para um possível comércio de substâncias ilícitas, a imputação feita ao paciente contempla, ainda e principalmente, a apreensão de vultosa quantidade de crack e cocaína em poder do acusado, quando de sua prisão em flagrante, avultando daí o fato consistente em que, mesmo que reconhecida fosse a ilicitude da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verificação das mensagens SMS (referência feita ad argumentandum tantum), tal circunstância não ensejaria invalidade do processo, mesmo porque pode o magistrado desconsiderar a prova inquinada de ilícita, na hipótese da presença de dados informativos outros, lícitamente obtidos, por ocasião da prolação da sentença.

Mais, mesmo que se tratasse de prova ilícita, desnecessário seria o desentranhamento, bastando sua desconsideração, quando da decisão, mostrando-se também anódina – e desprovida de amparo legal – a pretendida determinação de aditamento à peça incoativa.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

No presente recurso, renovando-se os fundamentos da impetração originária, relata o recorrente que, após ser preso em flagrante pelo delito de tráfico de drogas, teve seu aparelho celular apreendido e, posteriormente, foram reveladas todas as mensagens SMS de seu aparelho, sem qualquer decisão judicial.

Sustenta, assim, a ilicitude da prova produzida e de todas as provas dela derivadas.

Requer, liminarmente, a suspensão do feito até o julgamento de mérito do presente recurso. No mérito, requer o "desentranhamento da prova ilícita, consistente nas mensagens SMS de fls. 185-190 dos autos eletrônicos, devassadas sem ordem judicial", bem como "seja determinado o aditamento da denúncia, porquanto transcreve a mesma parte do teor das mensagens de texto" (e-STJ fl. 680).

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 704/706), opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 715/720).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 78.747 - RS (2016/0310346-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, no presente recurso, o reconhecimento da nulidade da prova obtida ilicitamente, suposta violação à intimidade, uma vez que o celular do recorrente foi apreendido e todas as conversas armazenadas no aparelho foram reproduzidas sem autorização judicial, conforme trecho da denúncia (e-STJ fls. 18/20).

A respeito do tema, disse o Relator na origem (e-STJ fls. 649/653):

Nesse contexto, vê-se sustentarem os impetrantes a ilicitude das mensagens SMS acostadas às fls. 154-159 dos autos (obtidas pela autoridade policial quando da prisão em flagrante), argumentando, para tanto, com o precedente firmado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o RHC 51.531/RO, assim ementado:

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)

Com efeito, breve leitura dos votos proferidos no precedente em questão demonstra que a orientação firmada pelos Ministros não teve o alcance de superar, de forma plena, a distinção estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC n. 91.867, oportunidade em que reconhecida a diversidade da tutela jurídica dispensada às comunicações telefônicas, de um lado e, de outro, aos registros telefônicos (ou telemáticos), sendo somente as primeiras situadas sob a cláusula de reserva de jurisdição de que trata o artigo 5º, XII, da CRFB.

Veja-se:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material probatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessas conversas. 3.1 (...). 4. Ordem denegada. (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

Em verdade, percebe-se que a questão foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça à luz da evolução tecnológica por que passaram os aparelhos de telefonia móvel (na nomenclatura atual, smartphones), circunstância que, ressalta-se, é expressamente reconhecida pelos próprios impetrantes que, na inicial, aduzem aduzirem que “o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, tem sedimentado firme posicionamento no sentido de considerar como prova ilícita o ato de devassar conversações de facebook, e-mails, whatsapp, e outros aplicativos, obtidos a partir de apreensão de telefones celulares, sem prévia ordem judicial”, circunstância que, entretanto, não se compatibiliza de forma plena com a situação dos autos, onde a autoridade policial analisou apenas as “pastas” de mensagens de texto do telefone celular apreendido com o paciente que, conforme se verifica das fotografias juntadas, nem mesmo se enquadraria na atual definição de smartphone que pautou o julgamento em referência.

Em outras palavras, o aparelho de telefone celular cuja fotografia está acostada à impetração nem sequer teria capacidade tecnológica para comportar conversações de facebook, e-mails, whatsapp, e outros aplicativos, mas apenas mensagens de texto e fotografias, como aparentemente ocorreu.

Nesse contexto, tem-se que as peculiaridades do caso determinam o seu enquadramento no âmbito da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC n. 91.867, avultando daí a circunstância consistente em que a análise de mensagens SMS (e não de conversas travadas através de “aplicativos” que possibilitam a comunicação instantânea entre os envolvidos no diálogo) realizada no celular apreendido em poder do paciente não se enquadraria, primo icto oculi, como prova ilícita.

Aliás, conforme explicitado pelo Min. Rogério Schietti Cruz no julgamento do RHC 51.531/RO, o tema ainda estaria “sujeito a oscilações” decorrentes “de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito”...

Por derradeiro, verifica-se na imputação do delito de tráfico de drogas contida na peça incoativa que, embora a constatação da existência de mensagens de SMS que apontam para um possível comércio de substâncias ilícitas integre a descrição do fato, essa traz, ainda e principalmente, a apreensão de vultosa quantidade de crack e cocaína 3 em poder do paciente, quando de sua prisão em flagrante, o que ocorreu em momento anterior à análise realizada no aparelho de telefone celular, avultando daí o fato consistente em que, mesmo que reconhecida fosse a ilicitude da verificação das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mensagens SMS (referência feita ad argumentandum tantum), tal circunstância não ensejaria invalidade do processo mesmo porque pode o magistrado desconsiderar a prova inquinada de ilícita, na hipótese da presença de dados informativos outros, lícitamente obtidos, por ocasião da prolação da sentença 4 .

Nesse contexto, mesmo que se tratasse de prova ilícita, desnecessário seria o desentranhamento, bastando sua desconsideração, quando da decisão, mostrando-se também anódina – e desprovida de amparo legal – a pretendida determinação de aditamento à peça incoativa.

Por isso que não conheço do habeas corpus.

Da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que a Corte de origem considerou que "a análise de mensagens SMS (e não de conversas travadas de 'aplicativos' que possibilitam a comunicação instantânea entre os envolvidos no diálogo) realizada no celular apreendido em poder do paciente não se enquadraria, *primo icto oculi*, como prova ilícita" (e-STJ fl. 652).

Com efeito, a situação retratada nos autos não se encontra albergada pelo comando do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, o qual assegura a inviolabilidade das comunicações, ressalvando a possibilidade de quebra de sigilo telefônico, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela Lei n. 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Note-se que não foram interceptadas as comunicações telefônicas do recorrente, razão pela qual não há se falar igualmente em inobservância do art. 7º, incisos II e III, da Lei n. 12.965/2014, a qual estabelece os princípios, garantias e deveres para uso da internet no Brasil.

A propósito, transcrevo a norma acima referida:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – (...).

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, "observa-se que não houve a interceptação das comunicações telefônicas dos investigados, mas a quebra do sigilo de dados telefônicos, consistentes no histórico de chamadas, dados cadastrais e extratos de chamadas, os quais, consoante a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, não se sujeitam à disciplina da Lei 9.296/1996". (RHC 47.098/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 17/06/2015)

No mesmo sentido:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - (...) QUEBRA DO SIGILO DOS DADOS TELEFÔNICOS - PROCEDIMENTO QUE NÃO SE SUBMETE À DISCIPLINA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - (...) RECURSO DESPROVIDO. (...). VII - A quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e o números das linha chamadas e recebidas, não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei 9.296/96 (que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal) e ressalvadas constitucionalmente tão somente na investigação criminal ou instrução processual penal. (...). IX - Recurso conhecido e desprovido. (RMS 17.732/MT, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 01/08/2005).

Contudo, embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação ou de acesso a mensagens de texto armazenadas, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente.

De fato, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Ao ensejo:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO APONTADO. 2. ABORDAGEM EM FISCALIZAÇÃO DE ROTINA. DECLARAÇÕES PRÉVIAS E ESPONTÂNEAS DO CORRÉU. INTERVENÇÃO ATIVA. VISTORIA EM CARRO COM 90KG DE MACONHA. DESCOBERTA INEVITÁVEL. PREJUÍZO NÃO VERIFICADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 3. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA. CHAMADAS EFETUADAS E RECEBIDAS. FOTOS DOS CORRÉUS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. 4. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO EM PARTE.

1. O STJ, acompanhando posicionamento consolidado no STF, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo (RHC 67.730/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 04/05/2016). No caso em tela, o impetrante nem sequer apontou em que consistiria eventual prejuízo. Destaque-se que a condenação, por si só, não pode ser considerada como o prejuízo, pois, para tanto, caberia ao recorrente demonstrar que a informação acerca do direito de permanecer em silêncio, acaso tivesse sido franqueada ao recorrente e aos corréus, ensejaria conduta diversa, que poderia conduzir à sua absolvição, situação que não se verifica os autos.

2. Os policiais militares realizavam fiscalização de rotina na rodovia, razão por que a realização de conferência de documentos e vistoria de veículos, bem como a entrevista dos motoristas e passageiros que ali transitavam constituíam condutas elementares.

Neste sentido, revela-se despropositado que, a toda abordagem policial, o agente estatal advirta acerca do direito constitucional ao silêncio, sob pena de torná-los todos em suspeitos de práticas delitivas. Ademais, o corréu, após perceber que seu veículo seria vistoriado, "admitiu informalmente aos policiais que transportava substância entorpecente no veículo". Portanto, diante da descoberta iminente e inevitável de 90kg de maconha escondidos no automóvel, o corréu decidiu falar espontaneamente, situação que não pode ser considerada como violadora do direito de não produzir provas contra si mesmo. De fato, "a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito" (HC 78708, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 09/03/1999).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação ou de acesso a mensagens de texto armazenadas, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente. De fato, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constantes dos aparelhos do recorrente e dos correús, verificando-se a lista de chamadas efetuadas e recebidas, bem como a existência de fotos dos investigados juntos, sem prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP.

4. Recurso em habeas corpus provido em parte, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados dos aparelhos telefônicos do recorrente e dos correús, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.

(RHC 61.754/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. PROVIDÊNCIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MOTIVAÇÃO DA MEDIDA. OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO.

1. No contexto de racionalização do emprego do habeas corpus, mostra-se indevida a sua utilização como sucedâneo recursal.

2. Não se confundem as medidas de quebra de sigilo telefônico com a interceptação de comunicação telefônica, esta última albergada, ademais, pela cláusula de reserva de jurisdição. Daí, não são exigíveis, no contexto da quebra de sigilo de dados, todas as cautelas insertas na Lei 9.296/1996. In casu, o magistrado, em cumprimento do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, motivou a quebra do sigilo de dados, com base na intensa utilização de certo terminal telefônico, havendo a franca possibilidade de se desvendar, com base em dados cadastrais oriundos dos registros de companhia telefônica, a autoria de um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quarto agente no concerto delitivo. 3. Ordem não conhecida. (HC 237.006/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014).

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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 despidos 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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, julgado em 20/10/2016, DJe 09/11/2016).

No mesmo diapasão: (RHC 75.800/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016)

De fato, a análise dos dados telefônicos constantes do aparelho celular do recorrente, no momento da apreensão deste, verificando-se as mensagens nele arquivadas, revela manifesta violação da garantia constitucional à intimidade e à vida privada, razão pela qual se revela imprescindível autorização judicial devidamente motivada, o que nem sequer foi requerido.

A propósito:

HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS. *As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal. A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa. A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social. Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual. Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7. (HC 137.349/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA OBTIDA DE CONVERSA TRAVADA POR FUNÇÃO VIVA-VOZ DO APARELHO CELULAR DO SUSPEITO. DÚVIDAS QUANTO AO CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCOBERTA INEVITÁVEL. INOCORRÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO MANTIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão.

2. Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o **que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa.** 3. O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente. 4. **Está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódia de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.**

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 1630097/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 28/04/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse encadeamento de ideias, verifica-se que a obtenção dos dados telefônicos do recorrente se deu em violação de normas constitucionais e legais, a revelar a inadmissibilidade da prova, nos termos do art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal. Dessarte, referidas provas devem ser desentranhadas dos autos, bem como as provas derivadas, cabendo ao Magistrado de origem analisar a nexos de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

A corroborar a validade das demais provas contidas nos autos, e que dão sustentação à peça vestibular e ao édito repressivo, o § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, excepciona, em matéria de provas ilícitas, a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida. (HC 117.437/AP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 20/10/2011).

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso em *habeas corpus*, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0310346-9

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 78.747 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00077239822011821001 01021100032107 03357347020168217000 70071255400

EM MESA

JULGADO: 01/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EDER RICARDO DOS REIS

ADVOGADOS : DIOGO JARDEL BOFF - RS075765

PEDRO FRANCISCO FERNANDES POMNITZ - RS095700

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.