



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 67.379 - RN (2016/0018607-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : BRUNO ALVARES GOMES NETTO
ADVOGADOS : JOSÉ WILSON ARNALDO DA CÂMARA GOMES NETTO - RN000484
ANDRÉ LUIZ DE MEDEIROS JUSTO - RN004727
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

EMENTA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 67.379 - RN (2016/0018607-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : BRUNO ALVARES GOMES NETTO
ADVOGADOS : JOSÉ WILSON ARNALDO DA CÂMARA GOMES NETTO
ANDRÉ LUIZ DE MEDEIROS JUSTO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido de liminar, interposto por **BRUNO ALVARES GOMES NETTO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Consta dos autos que o recorrente foi preso em flagrante e denunciado, juntamente com corréu, pela prática, em tese, do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 26-29).

Recebida a exordial acusatória, os defensores do réu impetraram *writ* perante a Corte de origem, pugnando pelo trancamento do processo-crime. A ordem, contudo, restou denegada, conforme se infere da seguinte ementa:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). PRETENSO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA SOB O ARGUMENTO DA NÃO INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA IMPUTADA AO PACIENTE. INOCORRÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP ATENDIDOS. PRESENÇA DOS INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA QUE SATISFEZ OS REQUISITOS EXIGIDOS NO CPP. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL SÓ É POSSÍVEL EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DESDE QUE CONSTATADA, SEM NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, SEJA PELA PATENTE INOCÊNCIA DO ACUSADO, SEJA PELA ATIPICIDADE OU EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. HIPÓTESES NÃO CONSTATADAS NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. EM CONSONÂNCIA COM PARECER DA 15ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA.

1. O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* só é cabível quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitivas, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

2. Preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP, com a individualização da conduta do réu, descrição dos fatos e classificação do crime, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa fica afastada a inépcia.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.” (e-STJ, fls. 133/134).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste recurso, o recorrente repisa os fundamentos deduzidos no bojo do *mandamus*, no sentido da nulidade do inquérito policial, bem como da carência de justa causa para a persecução penal.

Alega, para tanto, que os agentes policiais, ao procederem à sua prisão em flagrante, lograram invadir a residência do co-acusado, sem prévia autorização judicial, em clara violação do princípio da inviolabilidade de domicílio. Assevera que o simples fato de se tratar de crime permanente não justifica a invasão injustificada do domicílio, pois os policiais dirigiram-se ao apartamento do réu Louis a fim de intimá-lo a comparecer à delegacia, em razão de outro procedimento, sem que existisse estado de flagrante a justificar o ingresso no apartamento.

Ainda, afirma não ter sido apreendido qualquer entorpecente em sua posse, podendo ser, no máximo, intimado a comparecer à delegacia para servir de testemunha, jamais como suspeito ou culpado de qualquer prática delitiva, inexistindo qualquer elemento de prova a indicar o tráfico ou até mesmo o uso de drogas.

Pondera que a quebra do sigilo telefônico exige prévia autorização judicial, tendo a autoridade policial praticado flagrante ilegalidade ao ter acessado o teor de mensagens de "whatsapp" armazenadas no aparelho de celular de sua propriedade apreendido quando de sua prisão em flagrante.

Ademais, assevera que a acusação não logrou individualizar a conduta a ele imputada, sem que tenha sido consignado qual verbo do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 teria sido infringido, o que denota a inépcia da denúncia. Pondera não existir qualquer elemento probatório a indicar a sua participação do delito, devendo incidir o brocado do *in dubio pro reo*.

Enfatiza que a quantidade de drogas apreendida no imóvel não poderiam representar, sob nenhum aspecto, perigo pessoal ou a terceiros. No que se refere aos tubos de "lança-perfume" apreendidos, afirma que o solvente não causa dependência química ou psíquica e, portanto, não pode ser considerado como entorpecente para fins do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Pondera ser a conduta materialmente atípica, devendo ser reconhecida a incidência do princípio da insignificância.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, para que sejam reconhecidas as indigitadas nulidades, com o trancamento da ação penal.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fls. 203-204).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls.223-233).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 67.379 - RN (2016/0018607-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : BRUNO ALVARES GOMES NETTO
ADVOGADOS : JOSÉ WILSON ARNALDO DA CÂMARA GOMES NETTO
ANDRÉ LUIZ DE MEDEIROS JUSTO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

EMENTA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Inicialmente, em relação à alegada ilicitude da prisão em flagrante e das provas obtidas durante tal diligência, o Tribunal de Justiça consignou:

"A propósito, a respeito da alegada nulidade do inquérito pela suposta invasão de domicílio, vê-se a fragilidade da argumentação, assim como a não demonstração inequívoca da ilegalidade, pois os agentes policiais civis se dirigiram àquela residência e ao que tudo indica efetuaram a prisão, diante do flagrante do crime permanente supostamente praticado, não sendo essa via de exceção a apta a analisar as referidas questões, diante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contundente necessidade de dilação probatória" (e-STJ, fl. 145).

Com efeito, 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.

A fim de corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

"Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida" (AgRg no REsp 1574795/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016, grifou-se).

"2. Este Tribunal tem reputado dispensável a expedição de mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes."(RHC 54.972/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015)

Ademais, o recorrente sustenta a ilicitude do acesso pela autoridade policial, quando da prisão em flagrante, dos dados armazenados no aparelho celular da pessoa detida, sem a obtenção de autorização judicial prévia.

Quanto ao tema, o Magistrado processante, ao receber a denúncia, consignou:

"[...] Por outro lado, embora continue guardando ressalvas quanto à colheita de mensagens trocadas por meio do aplicativo *whatsapp*, sem autorização judicial, registro que aqui não se cuida de interceptação telefônica e que o STJ já decidiu ser 'dever da Autoridade policial apreender os objetos que tive-rem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada' (STJ, HC 66.368/PA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 673), o que aconselha, ao menos nesta fase, o prosseguimento da ação penal, o que se faz unicamente porque outras provas que constam dos autos permitem o prosseguimento da ação penal" (e-STJ, fl. 115)

O Colegiado de origem, no bojo do acórdão ora recorrido, asseverou:

"Ademais, como coerentemente exposto pelo magistrado de primeiro grau, no que pertine à colheita de mensagens trocadas por meio do aplicativo *whatsapp*, sem autorização judicial, a situação deflagrada configura a hipótese do dever da autoridade policial de apreender todos os objetos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tiverem relação com o fato, que no caso seria o conhecimento dos dados constantes da agenda dos aparelhos celulares para relacioná-los com a ocorrência investigada.

Decerto, o art. 6º do CPP do CP estabelece que a autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, deve apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais e colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Além disso, a Constituição Federal prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, de dados e de comunicações telefônicas - salvo ordem judicial:

"Art. 5º

[...]

X - 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;

[...]

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".

A Lei n. 9.294/1996, ao regulamentar as comunicações telefônicas, preleciona:

"Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

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

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

Por seu turno, a Lei n. 9.472/1997, que versa sobre a organização dos serviços de telecomunicações, dispõe:

"Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

[...]

V - à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas".

A Lei n. 12.965/2014, ao estabelecer os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê:

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

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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".

In casu, verifica-se que os agentes policiais, ao ingressarem no domicílio do corréu, apreenderam os aparelhos de celular de ambos do acusados e, em ato contínuo, extraíram o conteúdo de mensagens trocadas através do aplicativo *whatsapp*, sem prévia autorização judicial, que comprovariam a prática do crime de tráfico de entorpecentes pelo ora recorrente.

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.

Nesse sentido:

"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)

Cumprido destacar, ainda, que esta Quinta Turma, em recente julgamento, rejeitou o pleito de desentranhamento das mensagens trocadas por meio de redes sociais, pois "as instâncias ordinárias assentaram que houve aditamento ao requerimento originário da autoridade policial, devidamente deferido pelo juízo, o que, não havendo evidência em sentido contrário, legitima a prova obtida" (RHC 68.419/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Por certo, 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 punido com pena de reclusão.

Em verdade, o próprio magistrado processante afirmou ter dúvidas acerca da legalidade de tais provas, tendo asseverado que a denúncia deveria ser recebida por existirem outros elementos probatórios a justificar o prosseguimento da persecução penal.

Ademais, não há falar em inépcia da denúncia, sob o argumento de que a peça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusatória nem sequer descreve minimamente a conduta do acusado e sua ligação com o fato criminoso.

Como cediço, 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 (Nesse sentido: RHC 56.111/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/10/2015; RHC 58.872/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 1/10/2015; RHC 28.236/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1/10/2015).

Na hipótese em apreço, a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve que a conduta atribuída ao ora recorrente, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios. Em verdade, tratando-se de crime doutrinariamente classificado como de ação múltipla ou plurinuclear, foram atribuídos ao acusado os verbos adquirir e vender, enquanto o co-acusado foi denunciado ter as drogas em depósito.

Ademais, 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 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 despídos 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.

Com efeito, a rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal.

Importa repisar que o Juízo de 1º grau reconheceu existirem outros elementos probatórios a lastrear a acusação, além das mensagens apreendidas no celular do réu, o que não restou infirmado por este recurso.

De mais a mais, 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*.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA. TRIBUNAL A *QUO* CONCLUIU ESTAR DEMONSTRADO O ENVOLVIMENTO DA RECORRENTE. SUFICIENTE SUPORTE PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que o trancamento da ação penal é medida de exceção na via do *habeas corpus*, sendo admitido somente quando inequívoca a inépcia da denúncia ou a ausência de justa causa.

2. O Tribunal *a quo* concluiu não haver provas cabais da ausência de capacidade decisória da recorrente e, portanto, de seu envolvimento no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito, tendo em vista os depoimentos prestados e os demais elementos dos autos.

3. Sendo pelas instâncias ordinárias fixada a existência de suporte probatório mínimo de autoria, não cabe reavaliação probatória no *habeas corpus*, para reexame da suficiência das provas para fim de justa causa.

4. Recurso em *habeas corpus* improvido."

(RHC 51.659/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. DIREITO AO SILÊNCIO. RECORRENTE OUVIDO NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE ESTARIA ENVOLVIDO NO CRIME INVESTIGADO. EIVA INEXISTENTE.

1. Os artigos 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e 186 do Código de Processo Penal conferem ao acusado o direito ao silêncio ou à não autoincriminação, permitindo que, por ocasião de seu interrogatório, cale acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do sistema de garantias constitucionais, negue a autoria delitiva, sem que isso dê ensejo à apenação criminal ou mesmo valoração negativa dessas declarações pelo togado singular, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados.

2. No caso dos autos, em nenhuma das oportunidades em que foi ouvido na fase extrajudicial, o recorrente ostentava a qualidade de investigado, tendo sido indiciado apenas ao final do procedimento inquisitorial, ocasião em que, advertido de seus direitos constitucionais, confirmou o teor de seus depoimentos anteriores, negando que tenha participado do desvio de carga, o que afasta a mácula suscitada na irresignação.

INEXISTÊNCIA DE PROVAS EM DESFAVOR DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NO DOCUMENTO QUE TERIA SIDO UTILIZADO NA FRAUDE. FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA.

1. Em sede de *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a atipicidade da conduta, ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

3. Recurso desprovido.

(RHC 63.480/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016).

Além disso, "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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Por derradeiro, 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.

Ante o exposto, **dou provimento parcial** ao recurso ordinário, tão somente para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0018607-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 67.379 / RN

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1012392120148200003 20150106487 20150106487000100

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BRUNO ALVARES GOMES NETTO

ADVOGADOS : JOSÉ WILSON ARNALDO DA CÂMARA GOMES NETTO - RN000484
ANDRÉ LUIZ DE MEDEIROS JUSTO - RN004727

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

CORRÉU : LOUIS GUSTAVO BANDEIRA HENDGES

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator dando parcial provimento ao recurso, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer. "

Aguardam os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 67.379 - RN (2016/0018607-3)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso em **habeas corpus** interposto em favor de Bruno Alvares Gomes Netto em face de acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

O em. Ministro Relator, **Ribeiro Dantas**, em primeiro momento indeferiu a liminar.

Instado, o juízo prestou informações e o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

O em. Ministro Relator deu provimento parcial ao recurso ordinário para reconhecer a ilegalidade de provas obtidas no celular, determinando seu desentranhamento dos autos.

Para melhor analisar o feito, pedi vista antecipada dos autos.

O recorrente pretende declaração de nulidades com consequente trancamento da ação penal.

As alegadas nulidades são: i) invasão de domicílio; ii) quebra de sigilo telefônico sem prévia autorização judicial.

Pugna, ao fim, pelo reconhecimento de inépcia da inicial em virtude de ausência de individualização da conduta.

A suposta ilegalidade concernente à invasão de domicílio inexistente, uma vez que a Polícia Civil encontrou na residência vasta quantidade de droga que estava sendo negociada pelo primeiro réu com o segundo, ora paciente.

É firme a jurisprudência nesse sentido, uma vez que o crime de tráfico de drogas possui núcleos que são classificados como condutas que se prologam no tempo, classificado como crime permanente, havendo permissivo Constitucional para a investida dentro do imóvel.

Assim preceitua o artigo 5º, XI: *"a casa é asilo inviolável do indivíduo,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial."

Quanto ao acesso dos dados armazenados nos celulares, precipuamente, as conversas em aplicativos, a legislação atual preconiza a necessidade de ordem judicial para obtenção dessas informações, conforme externado no voto do em. Ministro Relator, previsto no artigo 7º, inciso III, da Lei 12.965/14.

A situação de flagrância não admite, nessas ocasiões, a violação aos dados presentes nesses dispositivos, os quais atualmente armazenam informações íntimas que são resguardadas pela Constituição Federal.

Não obstante, sua mácula não ofende a integralidade do processo, uma vez que outras fontes foram obtidas por meio lícito, inclusive, a droga apreendida dentro do imóvel.

Insta consignar que, em caso de verificação do conteúdo em celulares durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão não há ofensa a Constituição Federal e a Lei 12.965/14, uma vez que fundada em autorização judicial, conforme entendimento externado no julgamento do HC n. 283.151/SP:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS CONCOMITANTE A RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. APREENSÃO DE COMPUTADOR. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA. OFENSA AO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HOVE O EXAME DAS TESES DE DEFESA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - A obtenção de dados sigilosos mediante a apreensão da base física de computador, autorizado judicialmente, não ofende o art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, porquanto o sigilo a que se refere o aludido preceito constitucional é em relação à interceptação telemática propriamente dita, ou seja, "é da 'comunicação de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador" (RE 418416-8, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006).

[...]

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 283.151/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, julgado em 26/5/2015, DJe de 24/6/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, com as considerações acima, não há falar em inépcia da inicial, porquanto os fatos estão devidamente narrados na peça de denúncia, conforme exposto pelo em. Ministro Relator em seu voto.

Ante o exposto, acompanho integralmente o em. Ministro Relator, para dar parcial provimento ao recurso em **habeas corpus**, tão somente para determinar sejam desentranhadas dos autos as provas obtidas através do celular do recorrente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0018607-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 67.379 / RN

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1012392120148200003 20150106487 20150106487000100

EM MESA

JULGADO: 20/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BRUNO ALVARES GOMES NETTO
ADVOGADOS : JOSÉ WILSON ARNALDO DA CÂMARA GOMES NETTO - RN000484
ANDRÉ LUIZ DE MEDEIROS JUSTO - RN004727
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CORRÉU : LOUIS GUSTAVO BANDEIRA HENDGES

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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