



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 445.088 - SC (2018/0083009-3)

RELATOR	: MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: EVERSON DENZER
PACIENTE	: CRISTIANO RIBEIRO
PACIENTE	: DAVID MACHADO DE SOUZA
PACIENTE	: DIEGO JOSE MARTINS
PACIENTE	: JOILSON BENTO DE ARRUDA
PACIENTE	: JONILDO SOUZA DOS SANTOS

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEVASSA NÃO AUTORIZADA. PROVA ILÍCITA. PROVAS DERIVADAS. ANULAÇÃO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.

1. A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos como *smartphones* e *tablets* encontra guarida constitucional, importando a necessidade de prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação.

2. No caso, ocorrida a prisão em flagrante, os agentes policiais realizaram, sem autorização judicial, devassa nos dados dos celulares apreendidos, dando origem à investigação posterior sobre os contatos neles armazenados.

3. *"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"* (RHC n. 67.379/RN, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe de 9/11/2016).

4. O reconhecimento da ilicitude de prova torna imprestáveis todas as que dela são derivadas, exceto se de produção independente ou de descoberta inevitável, conforme entendimento doutrinário, jurisprudencial e legal de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

5. Ordem concedida para anular as provas obtidas por devassa ilegal dos aparelhos telefônicos e as delas derivadas.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de setembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 445.088 - SC (2018/0083009-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : EVERSON DENZER
PACIENTE : CRISTIANO RIBEIRO
PACIENTE : DAVID MACHADO DE SOUZA
PACIENTE : DIEGO JOSE MARTINS
PACIENTE : JOILSON BENTO DE ARRUDA
PACIENTE : JONILDO SOUZA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EVERSON DENZER, CRISTIANO RIBEIRO, DAVID MACHADO DE SOUZA, DIEGO JOSE MARTINS, JOILSON BENTO DE ARRUDA e JONIILDO SOUZA DOS SANTOS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, pelo delito de tráfico de drogas, respectivamente, às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto; 4 anos, 9 meses e 5 dias de reclusão, em regime fechado; 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime fechado; 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto; 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto; 3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime semiaberto.

Irresignados, os pacientes interpuseram recursos de apelação perante o Tribunal de Justiça, que lhes negou provimento nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 1.307/1.310):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, C/C ART. 40, INC. III, TODOS DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE QUATRO RÉUS E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINARES. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. EXORDIAL QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS ANOTADOS NO ART. 41 DO CÓDIGO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL. ALEGADOS VÍCIOS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SUSCITADA VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA DIANTE DA AUSÊNCIA DE DECISÃO QUE FRANQUEOU A INTERCEPTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUTOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA APENSADOS À AÇÃO PENAL. TOTAL ACESSO DAS PARTES ÀS PROVAS ALI CONTIDAS. VÍCIO INEXISTENTE. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE TELEFONE CELULAR APREENDIDO. FLAGRANTE POSTERIORMENTE RELAXADO. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM AUTORIZAÇÃO PARA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. PRECEDENTES. VÍCIO INEXISTENTE. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE LAUDO PERICIAL PARA IDENTIFICAÇÃO DA VOZ DOS ACUSADOS. PRESCINDIBILIDADE. VÍCIO INEXISTENTE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA E PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. PRELIMINARES AFASTADAS. MATÉRIA PREQUESTIONADA. MÉRITO. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DOS RÉUS DAVID, JONILDO E JOILSON. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS (ART. 386, INC. V, DO CPP). NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. RÉUS QUE SE ASSOCIARAM A OUTROS INDIVÍDUOS PARA PERPETRAÇÃO O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO RÉU ANDRÉ. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DÚBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ACUSADO QUE JÁ ERA OBJETO DE INVESTIGAÇÃO POR ENVOLVIMENTO COM A COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES. AGENTES PÚBLICOS QUE DESLOCARAM-SE ATÉ O ENDEREÇO DO RÉU VISANDO CUMPRIR MANDADO DE PRISÃO E LOGRARAM ÊXITO EM ENCONTRAR VULTOSA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE E APETRECHOS RELACIONADOS AO TRÁFICO. PALAVRA DOS AGENTES PÚBLICOS QUE MERECE ESPECIAL CREDIBILIDADE, SOBRETUDO QUANDO HARMONIOSA COM AS DEMAIS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ASSOCIATIVO MANTIDO DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE COMPROVADO PELAS CONVERSAS E DADOS OBTIDOS POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E CORROBORADOS PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS CIVIS RESPONSÁVEIS PELA INVESTIGAÇÃO. CONDENAÇÕES MANTIDAS. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA A CONDUTA DESCRITA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E CONDIÇÕES EM QUE SE DESENVOLVEU A AÇÃO QUE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ELUCIDAM O TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO NÃO PROVIDO. DOSIMETRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DETRAÇÃO PENAL COM CONCESSÃO IMEDIATA DO REGIME MAIS BENÉFICO EFETUADO PELOS APELANTES DAVID E JONILDO. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. REQUISITO SUBJETIVO ANOTADO NO ART. 112 DA LEI N. 7.210/84 QUE NÃO PODE SER AFERIDO EM CONSULTA AOS AUTOS. REQUERIMENTO QUE DEVE SER EFETUADO EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL PEDIDO DE FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL COM ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS EFETUADO PELO RÉU ANDRÉ. IMPOSSIBILIDADE. PENA APLICADA DE FORMA ADEQUADA. APELANTE CONDENADO NAS SANÇÕES DOS ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, DA LEI DE DROGAS. CONCURSO MATERIAL. PENA FIXADA E CIRCUNSTÂNCIAS QUE RECOMENDAM A APLICAÇÃO DO REGIME FECHADO. RECURSO NÃO PROVIDO. RECURSO MINISTERIAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA ASSOCIAÇÃO PERMANENTE E ESTÁVEL FORMADA COM O DOLO ESPECÍFICO PARA O COMETIMENTO DE CRIMES. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. Não há falar em inépcia da denúncia quando a inicial acusatória, fulcrada em amplo conjunto de provas indiciárias, traz elementos dos fatos criminosos, indicando satisfatoriamente a capitulação do crime para cada réu e suas qualificações, bem como indica o rol de testemunhas arroladas pela acusação, uma vez que possibilita-se, assim, a efetivação do contraditório e da ampla defesa a todos os acusados.

2. "Os autos de interceptação telefônica correm em apartado ao principal e em segredo de justiça, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.296/96. Finda a medida, é franqueado à defesa o acesso à integralidade do conteúdo das interceptações telefônicas" (Apelação n. 0002252-60.2014.8.24.0189, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 03-05-2016). Assim, inexistente nulidade processual se o decisum que autorizou a interceptação telefônica encontra-se acostado aos autos apensos, e pôde a defesa sobre ele exercer o contraditório.

3. "Como é cediço, a verificação de dados constantes em celular apreendido (chamadas, sms, whatsapp) não configura violação ao sigilo telefônico, pois, conforme o art. 6º, II e III, do CPP, incube à autoridade policial colher todas as provas necessárias para elucidar a prática delituosa" (Apelação n. 0030813-10.2014.8.24.0023, Rel. Des. Rui Fortes, j. 16/03/2016).

4. É pacífico o entendimento deste Tribunal acerca da prescindibilidade de realização de perícia para validação de interceptação telefônica ante a ausência de previsão legal na Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9.296/96.

5. *A alegação de violação ao princípio da identidade física do juiz requer comprovação do prejuízo não podendo-se interpretá-lo de maneira absoluta, sobretudo, em face das já conhecidas hipóteses de afastamento justificado do magistrado que presidiu a instrução processual.*

6. *É acertada a condenação pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas, anotado no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06, quando a prova constante nos autos, formada por interceptações de dados telefônicos e depoimentos dos agentes públicos, evidenciam o vínculo subjetivo e estável entre o grupo para o fim de comercializar entorpecentes.*

7. *As palavras dos policiais responsáveis pela investigação, corroboradas pelas declarações de testemunhas, interrogatório do réu e interceptações de dados telefônicos são elementos suficientes para demonstrar a autoria da empreitada criminosa de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes.*

8. *É impossível a desclassificação para o delito tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/06 quando comprovada autoria e materialidade do tráfico de entorpecentes.*

9. *"Não sendo possível verificar pelas provas constantes nos autos a presença do dolo dos réus em formarem outro grupo diverso da associação constituída para o narcotráfico, inviável se torna a condenação pela prática do delito de quadrilha ou bando, sob pena de configurar bis in idem" (Apelação n. 2012.070948-0, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 20-03-2014).*

A presente impetração fundou-se na nulidade do feito ante a ilicitude da prova colhida nos celulares apreendidos. Alegou a defesa que "(i) os celulares obtidos no flagrante ilegal constituem provas originariamente ilícitas e não poderiam ter sido objeto de interceptação telefônica; e (ii) a Polícia não poderia ter extraído as conversas de whatsapp e SMS presentes nos celulares apreendidos sem a prévia autorização judicial" (e-STJ fl. 7).

Sustentou, outrossim, errônea quanto à não aplicação da detração, ao argumento de que "incumbe ao próprio juízo sentenciante, e não ao juízo de execução, aferir a possibilidade de estabelecer regime inicial de reclusão mais brando em razão do tempo de prisão processual já suportado pelo acusado" (e-STJ fl. 16).

Diante disso, pleiteou a defesa, em tema liminar, a suspensão dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efeitos do acórdão ora objurgado até ulterior julgamento do mérito da presente impetração.

No mérito, postulou a concessão da ordem a fim de *"anular o processo desde a sentença, devendo outra ser proferida, após o desentranhamento das provas obtidas com violação ao sigilo de dados nos celulares apreendidos, bem como as demais provas contaminadas, a serem valoradas pelo Juízo de primeiro grau; ou, subsidiariamente, [declarar] a nulidade do acórdão prolatado pelo TJSC a fim de afastar o óbice apontado para deixar de examinar a possibilidade de aplicação da detração, determinando à Corte Estadual que reavalie o regime inicial de cumprimento de pena dos Pacientes DAVID e JONILDO, à luz do disposto no art. 387, § 2.º, do Código Penal"* (e-STJ fls. 17/18).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 2.155/2.160).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 2.165/2.193).

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 445.088 - SC (2018/0083009-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Conforme exposto acima, o presente feito tem por objeto a análise de ilicitude da prova obtida por meio de acesso não autorizado a mensagens de aparelhos celulares de corréus, bem como de ilegalidade da não realização da detração por ocasião do julgamento da apelação.

Consta dos autos que o Juízo singular afastou a alegação de nulidade da prova obtida dos aparelhos celulares de corréus em *decisum* cujo trecho passo a colacionar, *in verbis* (e-STJ fl. 845):

2.1.5. Da nulidade da interceptação telefônica e da prova ilícita por derivação (réus David Machado de Souza, Jonildo Souza dos Santos, Joilson Bento de Arruda e Cristiano Ribeiro):

Alega a defesa a ilicitude das provas, porquanto foram obtidas por meio do aparelho celular encontrado na posse do acusado Ander, ao argumento de que este teve sua prisão em flagrante considerada ilegal e consequentemente relaxada.

Não há que falar em nulidade das provas obtidas e de sua impossibilidade de utilização, porquanto o fato de a prisão em flagrante do réu ter sido relaxada não tem o condão de tornar ilícitas as provas coligidas.

Registro que o relaxamento da prisão em flagrante não implica em absolvição ou inocorrência de crime, pois o que analisa o juízo no momento processual é tão somente a legalidade da segregação (ou seja, se houve efetivamente flagrante).

[...]

Ainda destaco que apesar de a prisão ter sido relaxada, foi o réu Ander denunciado pelos fatos ora rebatidos.

No mesmo sentido manifestou-se o Tribunal de origem ao negar provimento aos recursos de apelação, cujo excerto do voto condutor passo a transcrever (e-STJ fls. 1.320/1.327):

1.1.2. Da aventada nulidade ante a ausência de decisão judicial autorizando a interceptação telefônica, apresentada pela defesa dos acusados David Machado de Souza, Jonildo Souza dos Santos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e Joilson Bento de Arruda.

Visando melhor contextualizar os fatos, faz-se necessário apresentar um sucinto relatório da investigação.

Em consulta minuciosa ao processo constata-se que a **investigação teve início em 28/09/2012, com a prisão dos acusados Ander Felipe Martins e Sara Anita Bittencourt dos Santos** por suposta infração ao art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, narrados no Boletim de ocorrência n. 00111-2012-00354 (fls. 03/04 do processo a penso n. 008.12.022343-8).

Na ocasião, foram apreendidos dois aparelhos celulares, dinheiro, balança de precisão e utensílios para fracionamento do entorpecente (fls. 29/35 n. 008.12.022343-8), Laudo de constatação (fl. 37 n. 008.12.022343-8). Laudo Pericial definitivo (fls. 48/49 n 008.12.022343-8).

No celular de Ander foram localizadas várias mensagens trocadas, bem como ligações recebidas e efetuadas com presos ligados ao crime organizado, identificado como PGC (Primeiro Grupo Catarinense).

Em continuidade às investigações, a autoridade policial representou pela interceptação telefônica dos telefones n. (47) 9182-3519, (47) 9261-1522. (47) 9276-8788, (47) 9223-0424, (47) 9269-7715, (47) 9278-7333 e (47) 9271-7551, fato devidamente autorizado pelo autoridade judiciária, consoante (decisum de fls. 52/56 dos autos apensos n. 008.12.022407-8).

Posteriormente, após a colheita de novos dados, a Juíza a quo determinou a interceptação de novos números descrita em duas oportunidades, acolhendo às pretensões do delegado de fls. 58/67 e 122/190, conforme decisões de fls. 100/104 e 240/248, todas dos autos em comento.

Durante monitoramento telefônico a autoridade policial identificou o envolvimento de diversos agentes associados para o tráfico de entorpecentes com atuação dentro e fora do Presídio Regional de Blumenau. Ainda, tomou-se conhecimento do envolvimento dos agentes Ander. David e Cristiano nos atentados ocorridos contra ônibus na cidade de Blumenau, especialmente o do dia 12/11/2012 - onde foi abordado um ônibus e em seguida ateado fogo no veículo.

[...]

1.1.3. Da aventada nulidade por utilização de provas ilícitas arguida pela defesa de David Machado de Souza, Jonildo Souza dos Santos e Joilson Bento de Arruda.

Como visto acima **a investigação teve início em 28/09/2012 com a prisão dos acusados Ander Felipe Martins e Sara Anita Bittencourt dos Santos** por suposta infração ao art. 33, caput, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei n. 11.343/06, narrados no Boletim de ocorrência n. 00111-2012-00354 (fls. 03/04 do processo apenso n. 008.12.022343-8).

Nesta oportunidade foram apreendidos dois aparelhos celulares, dinheiro, balança de precisão e utensílios para fracionamento do entorpecente (fls. 29/35 do processo apenso n. 008.12.022343-8), Laudo de constatação (fl. 37 do processo apenso n. 008.12.022343-8) e Laudo Pericial definitivo (fls. 48/49 do processo apenso n. 008.12.022343-8).

No celular de Ander foram localizadas várias mensagens trocadas, bem como ligações recebidas efetuadas com presos ligados ao crime organizado identificado como PGC (Primeiro Grupo Catarinense).

Contudo, o entorpecente apreendido com os investigados não era apto a comprovar a materialidade delitiva (01,01 centigrama), motivo pelo qual após manifestação ministerial (fl. 58 do processo apenso n. 008.12.022343-8), restaram relaxadas às prisões dos acusados (fls. 59/61).

É justamente neste ponto que a defesa sustenta a presença de vício, aduzindo que a prisão dos réus foram relaxadas, fato que tornaria ilícita quaisquer provas obtidas por meio dos aparelhos celulares destes.

Consoante se infere dos autos, a investigação policial teve continuidade, não só pelo suposto cometimento de tráfico de entorpecentes por parte de Ander e Sara, mas principalmente pela constatação de vínculo destes com o crime organizado identificado com PGC (Primeiro Grupo Catarinense).

A contrario sensu do alegado pela defesa e conforme bem asseverado pela juíza de primeiro grau, o relaxamento da prisão em flagrante não implica em absolvição ou constatação absoluta da inocorrência de crime.

É que o relaxamento ocorreu por ausência de materialidade, porém a autoridade policial, a rigor do art. 6, inc. III, do Código de Processo Penal, deve: "colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias".

Com amparo do artigo supracitado, a autoridade policial observou dados telefônicos (mensagens e ligações) com números de propriedade de presos ligados ao crime organizado, prosseguindo com as investigações.

Nesse ponto, advirto que o acesso às mensagens e registros de ligações armazenadas em aparelho celular não afrontam o previsto no art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, nem se vincula ao rito previsto na Lei n. 9.296/1996, tendo em vista que "o sigilo a que se refere o aludido preceito constitucional é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos" (STJ, RHC 75.800/PR, rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. 15/09/2016). (Grifei.)

Dos excertos colacionados da sentença condenatória e do acórdão de apelação extrai-se que "[n]o celular de Ander foram localizadas várias mensagens trocadas, bem como ligações recebidas efetuadas com presos ligados ao crime organizado identificado como PGC (Primeiro Grupo Catarinense). [...] a investigação policial teve continuidade, não só pelo suposto cometimento de tráfico de entorpecentes por parte de Ander e Sara, mas principalmente pela constatação de vínculo destes com o crime organizado identificado com PGC (Primeiro Grupo Catarinense)" (e-STJ fl. 1.326).

Tal fundamentação demonstra que havia material probatório suficiente para a persecução penal e, possivelmente, a condenação dos réus ANDER e SARA pelo delito de tráfico de drogas.

Entretanto, os excertos acima sugerem que as investigações acerca dos delitos de associação para o tráfico dos referidos agentes (ANDER e SARA), bem como para os delitos de tráfico e associação para o tráfico dos ora pacientes teve como origem prova ilícita.

Sobre o tema, cumpre esclarecer que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de que são ilícitas as provas obtidas de aparelhos celulares sem prévia e devida autorização, seja judicial seja do réu, ressalvados os casos excepcionais em que a observância de tais procedimentos põe em risco a integridade de vítima ou traz prejuízos à investigação.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRESOS EM FLAGRANTE QUE TIVERAM SEUS TELEFONES CELULARES ACESSADOS PELA POLÍCIA SEM MANDADO JUDICIAL. NULIDADE. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A defesa, no writ originário, pleiteava a revogação da prisão preventiva em decorrência da falta de justa causa oriunda da nulidade das provas adquiridas por meio do acesso aos smartphones. Neste habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a defesa repisa o argumento de nulidade da quebra do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sigilo dos telefones celulares, mas cinge-se a pedir a "exclusão processual de todas as provas obtidas e as provas derivadas".

2. *Existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea. A partir desse panorama, a doutrina nomeia o chamado direito probatório de terceira geração, que trata de "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais".*

3. *Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões a priori absolutas. Nessa medida, **o acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente.***

4. *Habeas corpus concedido, a fim de reconhecer a ilegalidade das provas produzidas pelo acesso aos telefones celulares sem mandado judicial, determinando ao Juiz de primeira instância que avalie quais evidências devem ser eliminadas dos autos por derivação, bem como as que devem remanescer em função de fonte independente ou de descoberta inevitável. (HC 418.180/RN, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 21/11/2018, grifei.)*

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. NULIDADE. PROVA ILÍCITA. LAUDO PERICIAL ELABORADO EM APARELHO CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. REGISTROS DE CHAMADAS, TRANSCRIÇÕES DE MENSAGENS DE TEXTO SMS, DADOS DE GEOREFERENCIAMENTO, EVENTOS DE CALENDÁRIO, FOTOS. ETC. VIOLAÇÃO DO SIGILO DE DADOS. ART. 157 DO CPP.

1. *É inequivocamente nula a obtenção de dados existentes em aparelhos de telefonia celular ou em outros meios de armazenamento de dados, sem autorização judicial, ressalvada, apenas, excepcionalmente, a colheita da prova através do acesso imediato aos dados do aparelho celular, nos casos em que a demora na obtenção de um mandado judicial puder trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito.*

[...]

3. *Recurso provido. (REsp 1.661.378/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017.)*

PROCESSO PENAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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.

[...]

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, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 09/11/2016, grifei.)

Ademais, consta que a partir da referida prisão em flagrante toda a investigação subsequente teve como origem os dados ilegalmente colhidos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aparelhos celulares apreendidos.

Como exemplo, consta da sentença condenatória que "[o] Delegado de Polícia, Ronnie Reis Esteves, esclareceu em juízo [...] que as investigações iniciaram com a prisão em flagrante dos acusados Ander e Sara no ano de 2012, **oportunidade em que restou apreendido um aparelho celular contendo várias mensagens relacionadas ao tráfico de drogas. Relatou terem identificado algumas das pessoas envolvidas com o comércio espúrio e que passaram a monitorá-las.** Disse que identificaram todos os interlocutores e que a maioria dos telefones interceptados eram oriundos do presídio. Mencionou que por meio das investigações, verificou-se que detentos estavam exercendo o comando do tráfico de entorpecentes na rua, e que, com as interceptações, identificaram todos os acusados" (e-STJ fl. 847, grifei).

Cumprе ressaltar que nas provas de materialidade e autoria de todos os demais corréus há menção à "prova obtida, em especial por meio da quebra de sigilo telefônico" (e-STJ fls. 848, 850, 853, 855, 857, etc.). Também há dezenas de transcrições de mensagens interceptadas pelo corpo da sentença condenatória.

Logo, concluindo-se que toda a investigação posterior à prisão em flagrante dos corréus ANDER e SARA decorreu da devassa ilegal dos seus aparelhos celulares, é **de rigor a anulação da prova colhida nos referidos telefones e de todas as daí derivadas**, em razão da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que preceitua serem nulas todas as provas derivadas de conduta ilícita.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ILICITUDE CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à privacidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exigem.

3. O ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4. O STF definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em residência sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

5. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar.

6. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar a casa em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso na moradia alheia a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência.

7. Na hipótese sob exame, verifica-se que: a) durante as diligências da referida ocorrência, foi acionado a equipe de policiais com cães, ocasião em que um dos animais "entrou na residência de número 54, que estava com a porta aberta indo diretamente ao fogão sinalizando que encontrara algo ilícito"; b) após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (20 gramas de maconha, distribuídas em 14 buchas, além de 1 porção, bem como de 24 gramas de cocaína, distribuídas em 87 invólucros).

8. Em nenhum momento foi explicitado, com dados objetivos do caso, em que consistiria eventual atitude suspeita por parte do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado, externalizada em atos concretos. Não há referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da existência de entorpecentes no interior da residência (aliás, não há sequer menção a informações anônimas sobre a possível prática do crime de tráfico de drogas pelo autuado).

9. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo paciente, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a permitir o ingresso em seu domicílio, sem seu consentimento - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial.

10. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, é nula a prova derivada de conduta ilícita.

11. Recurso provido a fim de conceder a ordem, de ofício, para determinar o trancamento do processo. (RHC 104.682/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019, grifei.)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PEDIDO DE TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO COM BASE EM PROVA DERIVADA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA TIDA POR ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ART. 157, §1º. DO CPP. FONTE INDEPENDENTE. ACUSAÇÃO LASTREADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. POSSIBILIDADE DE IMEDIATO CUMPRIMENTO DA DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ACESSO A NOTAS TAQUIGRÁFICAS DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA.

1. Tendo sido anulada, pelo Supremo Tribunal Federal, a interceptação telefônica, tal nulidade deve ser estendida às provas, supostamente lícitas e admissíveis, obtidas a partir da prova colhida de forma ilícita, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), de origem norte-americana, consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

2. A regra de exclusão (exclusionary rule) das provas derivadas das ilícitas comporta, na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, diversas exceções, tendo sido recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 157, §§ 1º e 2º do CPP, ao menos duas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delas: a) fonte independente e b) descoberta inevitável.

3. No caso concreto, em inquérito policial instaurado quase cinco anos após a realização da interceptação telefônica que veio a ser anulada pela ausência de diligências preliminares confirmatórias de denúncia anônima, o paciente peticionou nos autos, prestando informações e sugerindo diligências que vieram a ser realizadas pela autoridade policial.

4. A manifestação espontânea e voluntária do paciente consubstancia, na linha da jurisprudência pátria, fonte independente, de modo que as provas assim obtidas apresentam-se como autônomas, não restando evidenciado nexo causal com as interceptações telefônicas anuladas.

[...]

8. Ordem denegada. (HC 338.756/PR, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 30/11/2016, grifei.)

Cumpre esclarecer que, conforme exposto acima, há a possibilidade de mitigação da aplicação da referida teoria dos frutos da árvore envenenada nos casos de fonte independente e de descoberta inevitável.

No entanto, realizar tal análise na estreita via do *habeas corpus* demandaria extenso revolvimento do acervo fático-probatório, o que é inviável no presente feito, sendo de rigor a valoração pelas instâncias ordinárias dos elementos probatórios que possam ser reaproveitados.

Ante o exposto, **concedo** a ordem para anular as provas obtidas na devassa ilegal dos aparelhos telefônicos de ANDER e SARA, bem como todas as provas delas derivadas.

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0083009-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 445.088 / SC

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00055765320138240008 008130055767 10013934120168240000 55765320138240008
8130055767

EM MESA

JULGADO: 03/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: EVERSON DENZER
PACIENTE	: CRISTIANO RIBEIRO
PACIENTE	: DAVID MACHADO DE SOUZA
PACIENTE	: DIEGO JOSE MARTINS
PACIENTE	: JOILSON BENTO DE ARRUDA
PACIENTE	: JONILDO SOUZA DOS SANTOS
CORRÉU	: ANDER FELIPE MARTINS
CORRÉU	: ANDRE RICARDO DOS SANTOS
CORRÉU	: RAFAEL DE OLIVEIRA
CORRÉU	: SARA ANITA BITTENCOURT DOS SANTOS
CORRÉU	: VALDECI 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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.