



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 76.510 - RR (2016/0255680-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : ANDERSON PINHO BRASIL (PRESO)
ADVOGADO : EDNALDO GOMES VIDAL - RR000155B
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RORAIMA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXCESSO DE PRAZO. ALVARÁ SOLTURA. *WRIT* PREJUDICADO. NEGATIVA DE AUTORIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO DE DADOS DE APLICATIVO CELULAR *WHATSAPP*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A questão referente à alegação de excesso de prazo encontra-se superada diante da expedição de alvará de soltura em favor do paciente.
2. A via estreita do *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e cognição sumária, não comporta discussão de negativa de autoria, por demandar o revolvimento fático-probatório, devendo a coação ser manifestamente ilegal.
3. 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.
4. Recurso em *habeas corpus* parcialmente provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 04 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 76.510 - RR (2016/0255680-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : ANDERSON PINHO BRASIL (PRESO)

ADVOGADO : EDNALDO GOMES VIDAL - RR000155B

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RORAIMA

RELATÓRIO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, no qual busca-se a nulidade da prova obtida no aparelho celular sem autorização judicial, o reconhecimento da negativa de autoria delitiva e o relaxamento da prisão preventiva sob a alegativa de excesso de prazo para o término da instrução criminal.

O acórdão combatido foi assim ementado (fl. 213):

HABEAS CORPUS. ARTIGOS 33 E 35 AMBOS DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DE PROVA PRODUZIDA. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DAS FOLHAS QUE CONTÉM AS MENSAGENS OBTIDAS DO CELULAR DO PACIENTE, TROCADAS POR MEIO DO APLICATIVO WHATSAPP. CELULAR APREENDIDO NO MOMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE, MANTENDO EM DEPÓSITO 553,8 G (QUINHENTOS E CINQUENTA E TRÊS GRAMAS E OITO DECIGRAMAS) DE MACONHA E 568,8 (QUINHENTOS E SESSENTA E OITO GRAMAS E OITO DECIGRAMAS) DE COCAÍNA EM PÓ. PONDERAÇÃO DE INTERESSES ENTRE A INTIMIDADE DE UMA PESSOA E O BEM-ESTAR E PAZ SOCIAL DE TODA A COLETIVIDADE. PREVALÊNCIA DA PAZ SOCIAL. VÍCIO NÃO CARACTERIZADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO GRADUADO.

O recorrente, ANDERSON PINHO BRASIL, foi denunciado pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público ofertou parecer pelo parcial provimento do recurso.

Na origem, a ação penal nº 000.3821-10.2016.8.23.0010/RR encontra-se na fase instrutória, com a audiência de instrução e julgamento designada para 29/3/2017, conforme informações processuais eletrônicas e contanto telefônico realizado em 13/3/2017.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 76.510 - RR (2016/0255680-2)

VOTO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Inicialmente, quanto ao alegado ao excesso de prazo da prisão preventiva, verifica-se, conforme contato telefônico realizado em 24/3/2017 com a Comarca de origem, a superveniente expedição de alvará de soltura em favor do paciente em 11/1/2017, nos autos da ação penal n. 0003821-10.2016.8.23.0010/RR, estando superada a questão no ponto.

No tocante à alegação de negativa de autoria, inviável a análise na estreita via escolhida, por ensejar aprofundada dilação probatória, própria da instrução judicial da ação penal, onde será assegurada ao paciente a ampla defesa e o contraditório, pelo que não merece conhecimento esta irresignação do impetrante, conforme entendimento pacífico desta Corte Superior.

Estas matérias, portanto, não devem ser conhecidas.

Alega, ainda, o recorrente que deve ser declarada nula a prova obtida por policiais, sem autorização judicial, por meio de consulta às mensagens do aplicativo de celular Whatsapp.

No ponto, o Tribunal *a quo* assim se pronunciou (fls. 210/212):

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

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

Com efeito, como bem ressaltado pelo ilustre Procurador de Justiça, a conduta policial não pode ser qualificada como uma devassa na intimidade do indivíduo, que legalmente foi preso em flagrante delito e já denunciado como outros réus sob a imputação grave crime de entorpecentes.

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

(...)

Há um conflito entre o direito à intimidade e a segurança pública e o bem-estar social da coletividade. E cediço que o tráfico de drogas tem crescido em grande escala em detrimento da paz social, o que tem causado grandes malefícios a várias famílias e à sociedade em geral, assim, devem-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levar em consideração os interesses em jogo, a intimidade de uma pessoa ou bem-estar e a paz social de toda a coletividade. Deve haver uma ponderação de interesses, e entre eles, deve prevalecer a paz social.

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

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

Como se observa, o Tribunal *a quo* concluiu que a conduta policial de acesso aos dados do celular, sem autorização judicial, não configura constrangimento ilegal, em razão da existência de um conflito entre o direito à intimidade e à segurança pública e o bem-estar social da coletividade, de forma que deve prevalecer a paz social.

A Constituição Federal prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e 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;

No caso das comunicações telefônicas, a Lei n. 9.294/96 regulamentou o tema:

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 sigredo 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.

A Lei n. 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;

E a Lei 12.965/14, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê que:

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;

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;

[...]

No acesso aos dados do aparelho, tem-se de evitar de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Embora possível o acesso, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada:

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

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

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

Nulidade reconhecida.

3. Recurso especial parcialmente provido.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

2. Recurso especial a que se dá provimento para reconhecer a ilicitude da prova advinda da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, determinando-se que seja proferida nova sentença, afastada a referida prova ilícita e as eventualmente dela decorrentes.

(REsp 1361174/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 10/06/2014).

Na conversas mantidas pelo programa whatsapp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações:

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)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACESSO A DADOS DE APLICATIVO CELULAR 'WHATSAPP' SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE. NULIDADE DA PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS.

1. A extração de dados de aparelho celular sem autorização judicial viola o artigo 157 do Código de Processo Penal, devendo a prova ser desentranhada dos autos se da hipótese não se depreende qualquer fundamento que possa justificar a urgência, em caráter excepcional, do acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular.

2. O prévio trabalho investigativo das autoridades policiais, que culminou com a identificação do fato e de seus autores, bem assim como o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indiciamento do recorrente, não resta contaminado pelo posterior acesso não autorizado aos dados do aparelho celular, bastando o desentranhamento dos autos dos documentos extraídos do aparelho celular e a supressão do parágrafo final dos depoimentos policiais, que fizeram referência ao conteúdo das conversas via whatsapp.

3. Recurso parcialmente provido.

(RHC 76.324/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017)

Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

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

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0255680-2

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 76.510 / RR

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000160009676 00009677320168230000 160009676

EM MESA

JULGADO: 04/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: ANDERSON PINHO BRASIL (PRESO)
ADVOGADO	: EDNALDO GOMES VIDAL - RR000155B
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RORAIMA
CORRÉU	: RAFAEL PAULINO FIGUEREDO
CORRÉU	: ANA KARINE DA SILVA MARQUES
CORRÉU	: ELIESERO DE SOUSA FERREIRA

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, deu parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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