



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 609221 - RJ (2020/0220470-0)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MARCELO ALONSO CEBREIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GABRIEL VIEIRA RODRIGUES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ACESSO A DADOS CONTIDOS NO CELULAR DO RÉU. RESERVA DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Os dados armazenados nos aparelhos celulares – envio e recebimento de mensagens via SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens, fotografias etc. –, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são invioláveis, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, só podendo, portanto, ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, com base em decisão devidamente motivada que evidencie a imprescindibilidade da medida, capaz de justificar a mitigação do direito à intimidade e à privacidade do agente.

2. Por ocasião da prisão em flagrante do paciente, o celular que portava foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de fotos que indicavam a possível prática do delito de tráfico de drogas. Ainda antes do acesso aos dados constantes do seu celular, os agentes estatais procederam à revista pessoal do acusado, não encontraram nada de ilícito em seu poder, tampouco no interior do seu veículo automotor.

3. Pelos documentos constantes dos autos, não se verifica, portanto, nenhum argumento ou situação que pudesse justificar a necessidade e a urgência, em caráter excepcional, de as autoridades policiais poderem acessar, de imediato (e, portanto, sem prévia autorização judicial), os dados armazenados no aparelho celular do paciente. Ao contrário, pela dinâmica dos fatos, o que se depreende é que não

haveria nenhum prejuízo às investigações se os policiais, após a apreensão do telefone celular, houvessem requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.

4. Pela leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, é possível identificar, ainda, que não houve outros elementos informativos produzidos por fonte independente ou cuja descoberta fosse inevitável, porquanto o contexto da abordagem do ora paciente, aliado aos dados obtidos por meio do acesso ao seu celular e a posterior apreensão de drogas é que formaram a convicção do Parquet pelo oferecimento de denúncia pela possível prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e o posterior convencimento das instâncias ordinárias pela condenação do réu no tocante à prática do referido delito.

5. A descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante decorreu de violação dos dados armazenados no aparelho celular do paciente – e, portanto, violação da sua intimidade e da sua vida privada –, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida (art. 5º, LVI, da Constituição da República) e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes e a própria ação penal, porque apoiada exclusivamente nessa diligência policial.

6. Uma vez reconhecida a ilicitude das provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como de todas as que delas decorreram, fica prejudicada a análise do pretendido reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

7. Ordem concedida, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio do acesso ao celular do paciente, bem como de todas as que delas decorreram e, conseqüentemente, absolvê-lo em relação à prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal (Processo n. 0184051-80.2019.8.19.0001, da Vara Criminal da Comarca de Maricá – RJ)

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de junho de 2021.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator

HABEAS CORPUS Nº 609.221 - RJ (2020/0220470-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MARCELO ALONSO CEBREIRO**

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : GABRIEL VIEIRA RODRIGUES (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

GABRIEL VIEIRA RODRIGUES alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, que negou provimento à Apelação Criminal n. 0184051-80.2019.8.19.0001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A defesa sustenta, em síntese, a nulidade da condenação, porquanto oriunda de elementos informativos obtidos ilegalmente (acesso a conteúdo de aparelho celular sem prévia autorização judicial).

Subsidiariamente, afirma que deve ser reconhecida a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e pondera que "[a] quantidade de substância entorpecente apreendida, bem como as circunstâncias do crime, evidenciam que o paciente não se dedica, de forma permanente, ao tráfico de drogas, sendo descabida qualquer presunção neste sentido" (fl. 11).

Requer, assim, a concessão da ordem, para que o paciente seja absolvido. Caso mantida a condenação, pugna pela diminuição da reprimenda, nos moldes anteriormente delineados.

Superior Tribunal de Justiça

Não houve pedido de liminar e, depois de as informações terem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus.

HABEAS CORPUS Nº 609.221 - RJ (2020/0220470-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ACESSO A DADOS CONTIDOS NO CELULAR DO RÉU. RESERVA DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Os dados armazenados nos aparelhos celulares – envio e recebimento de mensagens via SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens, fotografias etc. –, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são invioláveis, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, só podendo, portanto, ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, com base em decisão devidamente motivada que evidencie a imprescindibilidade da medida, capaz de justificar a mitigação do direito à intimidade e à privacidade do agente.

2. Por ocasião da prisão em flagrante do paciente, o celular que portava foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de fotos que indicavam a possível prática do delito de tráfico de drogas. Ainda antes do acesso aos dados constantes do seu celular, os agentes estatais procederam à revista pessoal do acusado, não encontraram nada de ilícito em seu poder, tampouco no interior do seu veículo automotor.

3. Pelos documentos constantes dos autos, não se verifica, portanto, nenhum argumento ou situação que pudesse justificar a necessidade e a urgência, em caráter excepcional, de as autoridades policiais poderem acessar, de imediato (e, portanto, sem prévia autorização judicial), os dados armazenados no aparelho celular do paciente. Ao contrário, pela dinâmica dos fatos, o que se depreende é que não haveria nenhum prejuízo às investigações se os policiais, após a apreensão do telefone celular, houvessem requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.

4. Pela leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, é possível identificar, ainda, que não houve outros elementos informativos produzidos por fonte independente ou cuja descoberta fosse inevitável, porquanto o contexto da abordagem do ora paciente, aliado aos dados obtidos por meio do acesso ao seu celular e a posterior apreensão de drogas é que formaram a convicção do Parquet pelo oferecimento de denúncia pela possível prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e o posterior convencimento das

Superior Tribunal de Justiça

instâncias ordinárias pela condenação do réu no tocante à prática do referido delito.

5. A descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante decorreu de violação dos dados armazenados no aparelho celular do paciente – e, portanto, violação da sua intimidade e da sua vida privada –, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida (art. 5º, LVI, da Constituição da República) e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes e a própria ação penal, porque apoiada exclusivamente nessa diligência policial.

6. Uma vez reconhecida a ilicitude das provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como de todas as que delas decorreram, fica prejudicada a análise do pretendido reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

7. Ordem concedida, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio do acesso ao celular do paciente, bem como de todas as que delas decorreram e, conseqüentemente, absolvê-lo em relação à prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal (Processo n. 0184051-80.2019.8.19.0001, da Vara Criminal da Comarca de Maricá – RJ)

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Os fatos foram assim narrados pelo Ministério Público em sua inicial acusatória, *in verbis* (fls. 27-28):

No dia 29 de julho de 2019, por volta das 23h25min, na Av. Carlos Marighela, em frente ao lote 03, quadra 30 no bairro de itaipuaçu nesta comarca, o denunciado, de forma livre e consciente, tinha em depósito e guardava, para fins de tráfico, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 391,20 g (trezentos e noventa e um gramas e vinte decigramas) de cocaína, acondicionados em um saco plástico, 7 (sete) sacolés para endolação da droga, além de R\$ 49,00 reais em espécie e uma balança de precisão, conforme auto de apreensão fls.08 e conforme laudo de exame de entorpecente de fls. 07/12 Na ocasião, policiais militares realizavam patrulhamento, quando ao passarem pela Av. Carlos Marighela, em frente ao lote 03, quadra 30, avistaram um veículo Ford Fiesta, na cor Preta, ano 2004/2005, placa LRF-0781 parado em frente à uma casa.

Ao perceber que a viatura estava se aproximando, o condutor do veículo deu partida no mesmo, iniciando-se uma perseguição.

Alguns metros à frente, o denunciado parou o veículo em um posto de gasolina, tendo os policiais realizado revista pessoal no mesmo, porém nada havendo de ilícito em seu poder, e nem no interior do veículo.

Foi encontrado, no entanto, em poder do denunciado, um aparelho de telefone celular, tendo sido pelo mesmo desbloqueado, momento em que os agentes da lei visualizaram imagens de uma pessoa segurando um material que aparentava ser cocaína, bem como uma outra imagem de uma balança de precisão mostrando o peso de 383 g.

Diante deste fato, os policiais repararam que a pessoa que segurava o material ilícito tinha uma tatuagem, tendo solicitado

ao denunciado que levantasse a manga da camisa, quando foi constatado que a imagem correspondia ao denunciado.

Diante desta constatação, o denunciado empreendeu fuga, entrando em um terreno baldio, sendo posteriormente capturado pelos agentes da lei, e levado à sua residência, onde foi autorizada a entrada pelos familiares do denunciado, e encontrado o material entorpecente apreendido.

Destarte, foi objetiva e subjetivamente típica e reprovável a conduta do denunciado, não havendo qualquer discriminante a justificá-la, estando, por conseguinte, incurso nas penas previstas no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do réu, afastou a apontada nulidade das provas obtidas em seu desfavor, com base nos seguintes fundamentos (fls. 35-36):

Melhor sorte não assiste à Defesa, no tocante a sua segunda tese preliminar de ilegalidade da prova.

Como é cediço, inexistente restrição a busca pessoal, desde que haja fundada suspeita de que alguém traga consigo instrumentos utilizados na prática de crimes ou objetos necessários a prova da infração, além de ser obrigação dos policiais efetuar a apreensão de qualquer objeto que auxilia a investigação ou que constitua corpo de delito, por ter sido utilizado como instrumento de crime, assim como não existe restrição ao manuseio do telefone celular, repita-se, não necessitando a análise de seu conteúdo, visando buscar os vestígios de crime, de autorização judicial, uma vez que a verificação dos registros de ligações contidos no aparelho é feita de maneira direta, não se cuidando de quebra de sigilo telefônico.

No caso em apreço, extrai-se que, próximo ao local da abordagem do acusado, justamente a residência do mesmo, foi apreendido farta carga de material entorpecente, **sendo que foi visualizado pelos policiais, um rapaz em atitude suspeita que, uma vez abordado, foi identificado como o acusado Gabriel.**

Diante desse quadro, os policiais pediram para verificar o telefone celular do acusado e, mediante sua autorização, foi constatado a existência de imagens do mesmo, portanto drogas, conforme relatos convincentes dos agentes da lei, sendo certo que o acusado em seu interrogatório, em juízo, não trouxe qualquer versão, eis que optou por permanecer calado.

Portanto, a par desse estado de coisas, não há como albergar as teses defensivas buscando a nulidade pela busca das informações realizadas no aparelho do acusado, e, ainda, que assim não fosse, a busca foi autorizada pelo próprio réu.

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, que, no entanto, negou provimento ao recurso. Na ocasião, a Corte também rejeitou a apontada ilicitude das provas que embasaram a condenação do paciente, com base nos argumentos abaixo expostos (fl. 108):

Não prospera a tese de nulidade das provas arguida pela Defesa Técnica.

Inicialmente, não se vislumbra ofensa à intimidade e ao direito a não autoincriminação.

Vale frisar que, **consoante jurisprudência pátria, o acesso à polícia às informações contidas no telefone celular, com a devida autorização do acusado, afasta a ilicitude da prova obtida** (STJ - AgRg no HC n°. 391080/SC - Min. Rel. Nefi Cordeiro - Sexta Turma - J. 01/06/2017).

In caso, extrai-se que, durante a abordagem, os policiais militares lograram encontrar um telefone celular na posse do apelante, oportunidade em que os referidos agentes pediram permissão para ter acesso ao conteúdo do aparelho, o que restou atendido voluntariamente pelo acusado, inexistindo qualquer prova de coação.

Feitos esses registros, passo ao exame da tese defensiva.

II. Direito à intimidade e à privacidade

A matéria principal posta em discussão neste habeas corpus cinge-se ao reconhecimento da ilicitude das provas extraídas do aparelho celular do paciente, bem como de todas as que delas decorreram, com a sua consequente absolvição.

Por ocasião do julgamento do **RHC n. 51.531**, de relatoria do Ministro **Nefi Cordeiro** (DJe 9/5/2016), a Sexta Turma examinou caso semelhante, em que se discutiu a legitimidade do acesso a mensagens de texto, por autoridades policiais, imediatamente após a prisão em flagrante, sem autorização judicial prévia. O julgamento foi unânime no sentido da ilegalidade da prova obtida.

Superior Tribunal de Justiça

Naquela oportunidade, no entanto, ficou clara a necessidade de exame individualizado das situações concretas. Particularmente, ressaltai que acompanhava o Ministro relator, "sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito", considerando que "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". Também observei que o fato examinado naquele caso ocorreu em 2004, quando os aparelhos celulares não detinham a capacidade funcional e de armazenamento atual, motivo pelo qual o acesso que os policiais teriam àquela época seria, necessariamente, menos intrusivo do que o seria hoje.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por sua vez, salientou não descartar que, "a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular". Isso porque há casos em que existe um "elemento de urgência" no acesso ao aparelho celular, que sustenta a extensão do poder ínsito à prisão em flagrante. É o caso, por exemplo, de uma extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontra aparelhos celulares em um cativado recém-abandonado: o acesso *incontinenti* aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado.

Também é certo que, em 30/10/2020, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento sobre a licitude de provas disponíveis em aparelho celular encontrado no local do crime, como acesso à agenda de contatos e ao histórico de ligações (ARE n. 1.042.075). A tese proposta pelo relator, Ministro **Dias Toffoli**, foi a seguinte:

É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII).

O julgamento, no entanto, ainda não foi concluído. Atualmente, o processo está com vista para o Ministro Alexandre de Mores.

Com efeito, nos dias atuais, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita o acesso a inúmeros aplicativos de

comunicação em tempo real, tais como WhatsApp, Viber, Wechat, Telegram, SnapChat etc., todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e de recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real.

Além disso, os dados mantidos em um aparelho celular não se restringem mais, como há pouco tempo, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. Ao contrário, além dos referidos dados, os aparelhos celulares contêm também dados bancários, contas de correio eletrônico, histórico dos sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados, dentre outros.

Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados ao se manusear o celular e os dados eventualmente interceptados no momento em que se acessam 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", *in verbis*:

[...]

A menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, demonstra claramente que tais elementos vinculados à propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são "coisas" ou "qualquer elemento de convicção", para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais.

Nesse sentido, tome-se o exemplo de um smartphone: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam em muito o conceito de coisa ou de telefone. Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um smartphone, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? Suponha-se, de outra parte, que se pretenda utilizar um sistema capa? de captar emanações de calor de uma residência, para, assim, levantar indícios suficientes à obtenção de um mandado de busca e apreensão: se estará a restringir algum direito fundamental do interessado, a demandar a obtenção de um mandado expedido por magistrado imparcial de equidistante, sob pena de

inutilizabilidade? O e-mail, incidentalmente alcançado por via da apreensão de um notebook, é uma "carta aberta ou não"? Enfim, o conceito de coisa, enquanto *res* tangível e sujeita a uma relação de pertencimento, persiste como referencial constitucionalmente ainda aplicável à tutela dos direitos fundamentais ou, caso concreto, deveria ser substituído por outro paradigma? Esse é um dos questionamentos básicos da aqui denominada de prova de terceira geração: "chega-se ao problema com o qual as Cortes interminavelmente se deparam, quando consideram os novos avanços tecnológicos: como aplicar a regra baseada em tecnologias passadas às presentes e aos futuros avanços tecnológicos." Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar. [...] (KNIJNIK, Danilo. Temas de direito penal, criminologia e processo penal. *A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179)

Os dados armazenados nos aparelhos celulares – envio e recebimento de mensagens via SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o WhatsApp), fotografias etc. –, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são invioláveis, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, só podendo, portanto, ser acessados e utilizados **mediante prévia autorização judicial**, com base em decisão devidamente motivada que evidencie a imprescindibilidade da medida, capaz de justificar a mitigação do direito à intimidade e à privacidade do agente.

Com efeito, a Lei n. 9.472/1997, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve, em seu art. 3º, V, que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito "à inviolabilidade e ao sigredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas". Já a Lei n. 12.965/2014 – conhecida como Marco Civil da Internet –, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil, prevê, em seu art. 7º, III, dentre os direitos assegurados aos usuários da rede mundial, "a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial".

III. O caso dos autos

No caso, verifico que, por ocasião da própria prisão em flagrante do réu, "[f]oi encontrado [...], em poder do denunciado, um aparelho de telefone celular, tendo sido pelo mesmo desbloqueado, momento em que os agentes da lei visualizaram imagens de uma pessoa segurando um material que aparentava ser cocaína, bem como uma outra imagem de uma balança de precisão mostrando o

peso de 383 g" (fl. 28). **Não houve, portanto, a prévia e necessária autorização judicial.**

Em acréscimo, faço menção ao fato de que, ao ser submetido a revista pessoal, ainda antes do acesso aos dados constantes do seu celular, os agentes estatais **não encontraram nada de ilícito em poder do paciente**, tampouco no interior do seu veículo automotor, conforme trecho a seguir descrito: "Alguns metros à frente, o denunciado parou o veículo em um posto de gasolina, tendo os policiais realizado revista pessoal no mesmo, porém nada havendo de ilícito em seu poder, e nem no interior do veículo" (fl. 28).

Registro, ainda, não identificar, pelos documentos constantes dos autos, **nenhum argumento ou situação que pudesse justificar a necessidade e a urgência, em caráter excepcional**, de as autoridades policiais poderem acessar, de imediato (e, portanto, sem prévia autorização judicial), os dados armazenados no aparelho celular do acusado. Ao contrário, pela dinâmica dos fatos, o que se depreende é que **não haveria nenhum prejuízo às investigações se os policiais, após a apreensão do telefone celular, houvessem requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.**

Não havendo sido assim procedido, considero, portanto, que houve ilegal violação dos dados armazenados no celular do paciente – e, portanto, **violação da sua intimidade e da sua vida privada** –, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes.

Sobre o tema, menciono os seguintes julgados desta Corte Superior de Justiça:

[...]

"Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial (AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).

[...]

(HC n. 517.509/SP, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 2/9/2019).

[...]

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.

(RHC 76.510/PR, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/4/2017).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ACESSO A DADOS CONTIDOS NO CELULAR DO RÉU. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. Os dados armazenados nos aparelhos celulares – envio e recebimento de mensagens via SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens, fotografias etc. –, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são invioláveis, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, só podendo, portanto, ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, com base em decisão devidamente motivada que evidencie a imprescindibilidade da medida, capaz de justificar a mitigação do direito à intimidade e à privacidade do agente.

2. No caso, por ocasião da própria prisão em flagrante – sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial –, o celular do réu foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de mensagens de texto que indicavam prévia negociação da venda de entorpecentes, sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial. A autorização do juiz deferindo a quebra do sigilo das informações e das comunicações (como aplicativos, fotografias e demais dados armazenados nos aparelhos de telefonia apreendido) somente foi feita em momento posterior, já na audiência de custódia e, mesmo assim, sem nenhuma fundamentação concreta que evidenciasse a imprescindibilidade da medida.

3. Pelos documentos constantes dos autos, não se verifica nenhum argumento ou situação que pudesse justificar a necessidade e a urgência, em caráter excepcional, de as autoridades policiais poderem acessar, de imediato (e, portanto, sem prévia autorização judicial), os dados armazenados no aparelho celular do recorrente. Ao contrário, pela dinâmica dos

fatos, o que se depreende é que não haveria nenhum prejuízo às investigações se os policiais, após a apreensão do telefone celular, houvessem requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.

4. A denúncia se apoiou em elementos obtidos a partir da apreensão do celular pela autoridade policial, os quais estão reconhecidamente contaminados pela forma ilícita de sua colheita. Não é possível identificar, com precisão, se houve algum elemento informativo produzido por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável, porquanto o contexto da abordagem do ora recorrente aliado à quantidade de drogas apreendidas e aos dados obtidos por meio do acesso ao celular do agente é que formaram a convicção do *Parquet* pelo oferecimento de denúncia pela possível prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

5. A própria narrativa da dinâmica dos fatos coloca sob dúvida o "consentimento" dado pelo réu aos policiais para o acesso aos dados contidos no seu celular, pois é pouco crível que, abordado por policiais, ele fornecesse voluntariamente a senha para o desbloqueio do celular e o acesso aos dados nele contidos.

6. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio do acesso ao celular do recorrente, bem como de todas as que delas decorreram e, conseqüentemente, anular o Processo n. 0001516-27.2018 *ab initio*, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, desde que amparada em elementos informativos regularmente obtidos. Em consequência, fica determinado o relaxamento da prisão cautelar imposta ao réu, por excesso de prazo.

(RHC n. 101.119/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 13/12/2019).

Ainda, mas não menos importante, esclareço que a denúncia, ao narrar, de modo detalhado, a dinâmica dos fatos delituosos, afirmou: "Foi encontrado, no entanto, em poder do denunciado, **um aparelho de telefone celular, tendo sido pelo mesmo desbloqueado**, momento em que os agentes da lei visualizaram imagens de uma **pessoa segurando um material que aparentava ser cocaína, bem como uma outra imagem de uma balança de precisão mostrando o peso de 383 g**" (fl. 28).

É inequívoca a conclusão, portanto, de que **a denúncia se apoiou em elementos obtidos a partir da apreensão do celular pela autoridade policial**, os quais estão reconhecidamente contaminados pela forma ilícita de sua colheita.

Pela leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, é possível identificar, de igual modo, que **não houve outros elementos informativos produzidos por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável**, porquanto o contexto da abordagem do ora paciente **aliado** aos dados obtidos por meio do acesso ao celular do agente e à posterior apreensão de quantidade de drogas é que formaram a convicção do *Parquet* pelo oferecimento de denúncia pela possível prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e o posterior convencimento das instâncias ordinárias pela condenação do réu no tocante à prática do referido delito.

Vale dizer, os documentos que instruem este habeas corpus permitem verificar que a condenação do réu foi lastreada, **exclusivamente**, nos elementos de informação obtidos por meio do acesso ao conteúdo constante do seu aparelho celular e dos que deles decorreram **de maneira direta**. Embora o Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação, haja feito menção também aos **depoimentos prestados em juízo pelos policiais militares** – submetidos, portanto, ao crivo do contraditório e da ampla defesa –, certo é que as declarações feitas pelos agentes estatais se limitaram, basicamente, a retratar o contexto da abordagem, de onde fica evidente que **todos os elementos de informações decorreram do acesso ao conteúdo dos dados identificados e armazenados no aparelho celular do paciente**.

A propósito, confirmam-se os depoimentos prestados pelo **policial militar Felipe Ninaldo Barreto**, os quais foram mencionados pelo Magistrado de primeiro grau para fundamentar o édito condenatório (fls. 40-41):

O policial militar Felipe Ninaldo Barreto, narra que estava em patrulhamento e o acusado estava com o celular ligado dentro do carro o que chamou sua atenção.

Detalha que o acusado saiu com o carro, de forma que somente conseguiu abordá-lo cerca de 1km depois, já em um posto de gasolina que tem na rua.

Desta feita, realizou uma revista no carro e ao réu, que estava muito nervoso, e, por fim, pediu ao acusado para ver o seu celular.

Conta que na galeria de fotos do aparelho viu uma foto de uma mão segurando drogas, notando que a referida mão ostentava uma tatuagem.

Ato contínuo, pediu para o acusado mostrar o punho, quando então ele correu, contudo, conseguiram encontrá-lo em um terreno baldio.

Relata que colocou o réu na viatura e voltou para o lugar onde

o carro do mesmo estivera parado inicialmente.

Ressalta que o acusado fez um escândalo falando que não morava no local, mas um vizinho falou que ele morava ali sim.

Declara que o acusado não deixou o policial entrar na casa, mas sua esposa chegou da igreja e logo em seguida chegou a mãe dele, e franqueou a entrada dos policiais.

Assegura que, de imediato, em cima da mesa da cozinha, foi encontrado a balança de precisão que estava na foto e a droga junto com material de endolação.

Informa que tirou tudo do seu colete porque o réu a todo momento dizia que ele iria colocar a droga na casa dele, ou seja, querendo fazer crer que iria incriminá-lo.

Por fim, esclarece que acharam as drogas na frente da esposa e da mãe do acusado e que moravam no local o acusado e a esposa, sendo que a droga só foi apreendida, em razão do acesso prévio ao celular.

Na mesma diretriz, foram os depoimentos prestados em juízo pelo **policia**l militar **William da Silva Gomes do Espirito Santo** (fls. 41-43):

Na mesma diretriz, foi o depoimento de seu colega de farda William da Silva Gomes do Espirito Santo, afirmando que a guarnição estava em patrulhamento na Estrada de Itaipuaçu e tiveram a atenção despertada para um veículo parado na via, de forma que voltaram de imediato para abordar o mesmo, contudo, o condutor do carro saiu com ele do local.

Desta feita, foi feito sinal para o veículo parar, tendo o condutor parado mais a frente, já dentro do posto de gasolina, localizado na via.

Conta que após o réu ser parado e abordado pela guarnição foi feita uma varredura no carro e uma revista ao acusado, sendo que em um primeiro momento nada de ilegal foi encontrado.

Ressalta que **o réu começou a mostrar certo nervosismo e desconforto, quando então, pegaram o telefone do acusado e pediram para ele desbloquear o aparelho, sendo atendidos pelo réu.**

Explica que na galeria de fotos do acusado havia uma imagem dele com uma “bola” que aparentemente era cocaína e uma balança de precisão, esclarecendo que aparecia uma mão segurando a citada “bola” e nessa mão havia uma tatuagem, sendo que quando viram que na mão do réu tinha uma tatuagem, ele se evadiu do local.

Contudo, a guarnição conseguiu pegá-lo mais à frente, tendo o acusado negado que aqueles materiais fossem dele, de forma

que indagaram do réu onde morava, ao que respondeu que morava no local onde o carro estivera parado.

Assim, a guarnição se deslocou ao local, quando então o acusado começou a ficar nervoso e a gritar na porta da residência, falando que não morava ali.

Em seguida parou um carro, no qual estava a esposa do acusado e sua mãe, de forma que lhes pediram para entrar na residência e tiveram a entrada franqueada.

Afirma que ao realizar uma varredura no imóvel, de imediato, localizaram o material que aparecia no celular do acusado, ressaltando que a droga foi encontrada na mesa da cozinha e a balança de precisão dentro do armário, sendo, aparentemente, o mesmo material da foto do celular.

Por fim, merece destaque a afirmação constante nos autos de que **o paciente, a pedido dos policiais, teria desbloqueado o aparelho celular**, circunstância que, na visão das instâncias ordinárias, teria reforçado a legitimidade do procedimento policial e, portanto, a licitude das provas obtidas por meio dessa medida.

No entanto, não há como se olvidar que a própria narrativa da dinâmica dos fatos coloca **sob dúvida** o "consentimento" dado pelo réu aos agentes estatais para o acesso aos dados contidos no seu celular, pois é pouco crível que, abordado por policiais, ele se opusesse à ordem policial ou fornecesse voluntariamente a senha para o desbloqueio do celular e o acesso aos dados nele contidos.

Ora, um mínimo de vivência e de bom senso sugerem a **falta de credibilidade** de tal versão. Será mesmo que uma pessoa sobre quem recai a suspeita de traficar drogas irá franquear o acesso ao conteúdo do seu celular, onde há imagens com substâncias entorpecentes e com balanças de precisão? A troco de que faria isso?

O mesmo questionamento deve ser feito em relação à informação constante nos autos de que, em momento posterior ao acesso aos dados constantes do aparelho celular do paciente, **os policiais militares tiveram a entrada em seu domicílio franqueada pela esposa do réu e por sua mãe** – "Diante desta constatação, o denunciado empreendeu fuga, entrando em um terreno baldio, sendo posteriormente capturado pelos agentes da lei, e levado à sua residência, **onde foi autorizada a entrada pelos familiares do denunciado**, e encontrado o material entorpecente apreendido" (fls. 28-29, destaquei).

As regras de experiência e o senso comum, somadas às

peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que a esposa e a mãe do paciente teriam autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso dos policiais no domicílio do acusado, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.

Se, de um lado, se deve, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que **o senso comum e as regras de experiência merecem ser consideradas** quando tudo indica não ser crível a versão oficial apresentada, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota um indisfarçável desejo de se criar uma narrativa amparadora de uma versão que confira plena legalidade à ação estatal.

Ademais, faço lembrar que, por ocasião do julgamento do **HC n. 598.051/SP** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**), ocorrido em 2/3/2021, a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs **nova e criteriosa abordagem** sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais.

Na ocasião, a Turma decidiu, dentre outros, que o **consentimento do morador**, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados a crime, precisa ser **voluntário e livre** de qualquer tipo de constrangimento ou coação. Ainda, adotou-se a compreensão de que **a prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado**, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a **operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo**, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito.

Confirmam-se, a propósito, as conclusões apresentadas por ocasião do referido julgamento:

1. Na hipótese de **suspeita de crime em flagrante**, exige-se, em termos de **standard probatório** para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de **fundadas razões** (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.
2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser

classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial **se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.**

3. O **consentimento** do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser **voluntário e livre** de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4. **A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado,** e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a **operação** deve ser **registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.**

5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na **ilicitude das provas obtidas** em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual **responsabilização penal** do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Em sessão extraordinária realizada em 30/3/2021, a Quinta Turma desta Corte, ao julgar o **HC n. 616.584/RS** (Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 6/4/2021), alinhou-se à jurisprudência da Sexta Turma em relação a essa matéria – seguindo, portanto, a compreensão adotada no referido **HC n. 598.051/SP** – e, assim, concedeu habeas corpus em favor de acusado da prática de crime de tráfico de drogas, por reconhecer a nulidade das provas obtidas por meio de violação domiciliar. Confira-se, a propósito, a ementa redigida para o julgado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. CONSENTIMENTO DO MORADOR. VERSÃO NEGADA PELA DEFESA. *IN DUBIO PRO REO*. PROVA ILÍCITA. NOVO ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA HC 598.051/SP. VALIDADE DA AUTORIZAÇÃO DO MORADOR DEPENDE DE PROVA ESCRITA E GRAVAÇÃO AMBIENTAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XI, estabelece que "a

casa é asilo inviolável do indivíduo, 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".

3. Em recente julgamento no HC 598.051/SP, a Sexta Turma, em voto de relatoria do Ministro Rogério Schietti - amparado em julgados estrangeiros -, decidiu que o consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel será válido apenas se documentado por escrito e, ainda, for registrado em gravação audiovisual.

4. O eminente Relator entendeu ser imprescindível ao Judiciário, na falta de norma específica sobre o tema, proteger, contra o possível arbítrio de agentes estatais, o cidadão, sobretudo aquele morador das periferias dos grandes centros urbanos, onde rotineiramente há notícias de violação a direitos fundamentais.

5. Na hipótese em apreço, consta que o paciente e a corré, em razão de uma denúncia anônima de tráfico de drogas, foram abordados em via pública e submetidos a revista pessoal, não tendo sido nada encontrado com eles. Na sequência, foram conduzidos à residência do paciente, que teria franqueado a entrada dos policiais no imóvel.

Todavia, a defesa afirma que não houve consentimento do morador e, na verdade, ele e sua namorada foram levados à força, algemados e sob coação, para dentro da casa, onde foram recolhidos os entorpecentes (110 g de cocaína e 43 g de maconha).

6. Como destacado no acórdão paradigma, "Essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas - avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos - ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular do direito atingido (in

dubio libertas). Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento do morador."

7. Na falta de comprovação de que o consentimento do morador foi voluntário e livre de qualquer coação e intimidação, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade na busca domiciliar e conseqüentemente de toda a prova dela decorrente (*fruits of the poisonous tree*).

8. Vale anotar que a Sexta Turma estabeleceu o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações.

9. Fixou, ainda, as seguintes diretrizes para o ingresso regular e válido no domicílio alheio, que transcrevo a seguir: "1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de *standard* probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

10. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.

11. O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

12. A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.

13. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais

para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência."

14. Habeas corpus não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para declarar a invalidade das provas obtidas mediante violação domiciliar, e todas as dela decorrentes, na AP n. 132/2.20.0001682-3. Expeçam-se, também, alvará de soltura em

benefício do paciente e, nos termos do art. 580 do CPP, da corre.

De nenhum modo se pode argumentar que, por serem os crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas legalmente equiparados aos hediondos, as forças estatais estariam autorizadas, em relação de meio a fim, a ilegalmente afrontar direitos individuais para a obtenção de resultados satisfatórios no combate ao crime. Em outras palavras, conquanto seja **legítimo que os órgãos de persecução penal se empenhem, com prioridade, em investigar, apurar e punir autores de crimes mais graves, os meios empregados devem, inevitavelmente, vincular-se aos limites e ao regramento das leis e da Constituição da República.**

Diante de tais considerações, tenho que a descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante decorreu de violação dos dados armazenados no aparelho celular do paciente – e, portanto, **de violação da sua intimidade e da sua vida privada –, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes e a própria ação penal**, porque apoiada exclusivamente nessa diligência policial.

A propósito, faço lembrar que a essência da **Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada** (melhor seria dizer venenosa, tradução da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, repudia as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra contaminada por ilicitude original.

Por conseguinte, inadmissíveis também **as provas derivadas** da conduta ilícita – no caso, a apreensão de 391,20 gramas de cocaína, 7 sacolés para embalagem de drogas e 1 balança de precisão –, pois evidente o **nexo causal** entre uma e outra conduta.

IV. Minorante: análise prejudicada

Uma vez reconhecida a ilicitude das provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como de todas as que delas decorreram, fica prejudicada a análise do pretendido reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem**, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio do acesso ao celular do paciente, bem como de todas as que delas decorreram e, conseqüentemente, absolvê-lo em relação à prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal (Processo n. 0184051-80.2019.8.19.0001, da Vara Criminal da Comarca de Maricá – RJ).

Ainda, determino a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver ou não houver a necessidade de ser preso.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2020/0220470-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 609.221 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01840518020198190001 1840518020198190001

EM MESA

JULGADO: 15/06/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MARCELO ALONSO CEBREIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : GABRIEL VIEIRA RODRIGUES (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. PEDRO CARRIELLO, DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pela parte PACIENTE: GABRIEL VIEIRA RODRIGUES

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 o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

 2020/0220470-0 - HC 609221