



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 125.734 - SP (2020/0087313-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MARCELO AUGUSTO AFONSO
ADVOGADO : JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONCUSSÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA. DEVASSA DE DADOS DE APARELHO CELULAR. LEGALIDADE. APARELHO APREENDIDO EM CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. São lícitas as provas obtidas de aparelhos celulares quando recolhidos em cumprimento de mandado de busca e apreensão, independente de autorização posterior para acesso aos seus dados, por ser o objetivo final do instituto.

2. Na mesma linha a manifestação da Procuradoria-Geral da República, para quem "*os telefones celulares foram apreendidos em cumprimento ao mandado de busca e apreensão. Assim, não há ilegalidade a ser reparada*".

3. Agravo regimental desprovido, na linha do parecer ministerial.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 125.734 - SP (2020/0087313-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MARCELO AUGUSTO AFONSO
ADVOGADO : JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por MARCELO AUGUSTO AFONSO contra decisão monocrática de minha lavra em que neguei provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* às e-STJ fls. 369/373.

No caso, assim relatei a decisão ora hostilizada:

Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus com pedido liminar interposto por MARCELO AUGUSTO AFONSO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2220976-49.2019.8.26.0000).

Consta dos autos ter sido o recorrente denunciado como incurso nas sanções dos arts. 2º, § 2º e § 4º, II, da Lei n. 12.850/2013 (organização criminosa), 316 (concussão) e 317, § 1º (corrupção passiva), ambos do Código Penal, porque (e-STJ fls. 281/282):

[...] segundo consta, o paciente em período indeterminado, porém ao menos entre de maio de 2017 e 15 de fevereiro de 2019, nas dependências do 33º Distrito Policial, neste município, juntamente com os outros denunciados JULIO CÉSAR FENZI, ROGERIO DIAS DA MOTA ABREU, VANIA APARECIDA DOS SANTOS, PAULO ARBUES DE ANDRADE, acima qualificados, constituíram e integravam organização criminosa, composta por eles e por terceiros ainda não identificados, estruturalmente ordenada, com divisão informal de tarefas, com o objetivo de obter direta e indiretamente, vantagem de natureza econômica, mediante a prática de crimes de corrupção passiva, concussão e lavagem de capitais. CONSTA ainda que, em data e horário incertos, porém ao menos entre maio de 2017 e 8 de fevereiro de 2019, a partir das dependências do 33º Distrito Policial, neste município, bem como nos endereços listados nos documentos anexos, o paciente juntamente com JULIO CESAR FENZI, ROGERIO DIAS DA MOTA ABREU, VANIA APARECIDA DOS SANTOS, PAULO ARBUES DE ANDRADE, agindo em concurso e previamente ajustados, mediante divisão de tarefas e repartição dos proveitos, em contexto da organização criminosa acima descrita, solicitaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e receberam, por diversas vezes, de maneira continuada, em seu próprio proveito e para o proveito de terceiros, em razão de suas funções, vantagem indevida. É certo que em virtude do recebimento da vantagem deixaram de praticar ou retardaram a prática de ato de ofício. CONSTA também que no dia 06 de junho de 2018, no período da tarde, na rua Galdino Catunda Godin, n.º 444, bairro São Domingos, o paciente juntamente com o denunciado ROGERIO DIAS DA MOTA ABREU, agindo em concurso e previamente ajustados, exigiram, para si diretamente, em razão da função, vantagem indevida de Jonatas da Silva Moreira e Leonardo dos Santos Oliveira.

Impetrado habeas corpus no Tribunal de origem objetivando o desentranhamento da prova obtida por meio de WhatsApp sem a devida autorização legal, a ordem foi denegada nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 297):

HABEAS CORPUS - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA (ARTIGO 2º, §§ 2º E 4º, II, DA LEI Nº 12.850/13; ART. 316 C.C ART. 29; E ARTIGO 317, §1º, POR DIVERSAS VEZES, NA FORMA DO 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL) - ALEGADA OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE NO ACESSO DAS CONVERSAS ARMAZENADAS NO CELULAR DO PACIENTE - INOCORRÊNCIA - PRÉVIAS ORDENS JUDICIAIS A DEFERIR A QUEBRA DO SIGILO DAS TELECOMUNICAÇÕES, DETERMINADA, AO DEPOIS, A BUSCA E APREENSÃO NA CASA DO INVESTIGADO - AGENTES DA LEI QUE AGIRAM NOS MOLDES DO QUE AUTORIZADO JUDICIALMENTE - INOBSERVADO ABUSO DE PODER OU VICISSITUDES NO PROCEDIMENTO CAUTELAR CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRIDO - ORDEM DENEGADA.

Neste recurso, sustenta a defesa a ilegalidade da prova colhida já "que a obtenção dos dados telefônicos do recorrente e dos corréus se deu em violação de normas constitucionais e legais, a revelar a inadmissibilidade da prova, nos termos do art. 157, caput, do Código de Processo Penal. Dessarte, referidas provas devem ser desentranhadas dos autos, bem como as provas derivadas, cabendo nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal" (e-STJ fl. 317).

Aponta que "não pode a intervenção do aplicativo WhatsApp, ser prova lícita, pois não teve autorização judicial, pois o fato de ser deferida busca e apreensão, não significa adentrar no aplicativo sem autorização" (e-STJ fl. 320).

Requer, inclusive liminarmente, desentranhamento da prova obtida através do acesso ao WhatsApp do telefone celular do acusado.

Em suas razões, repisa o agravante as alegações de ilegalidade da devassa aos dados do aparelho celular (e-STJ fl. 378).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Busca, assim, seja reconsiderada a decisão agravada ou submetido o presente recurso ao órgão colegiado (e-STJ fl. 379).

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 125.734 - SP (2020/0087313-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Não há como acolher a insurgência.

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 aparelho celular do ora recorrente.

Consta dos autos que o Juiz singular afastou a alegação de nulidade da prova obtida do aparelho celular do ora recorrente, em *decisum* cujo trecho passo a colacionar, *in verbis* (e-STJ fls. 268/270):

Com efeito, há justa causa apta a sustentar a denúncia nos termos em que proposta. Em primeiro lugar, afasto a tese referente ao princípio da serendipidade. Com efeito, comungo do entendimento o qual a partir do descobrimento de supostas condutas ilícitas, a autoridade competente deve tomar as providências necessárias a fim de apurar o fato.

Observo que a relação processual somente se forma a partir do recebimento da denúncia o que significa dizer que até então não há qualquer ilicitude por parte das autoridades encarregadas da investigação e persecução penal que antecede a fase processual entendam pela investigação conjunta de fatos que, inclusive, são conexos.

No caso em apreço, os denunciados, todos policiais civis, estavam lotados no mesmo DP e atuaram na mesma época. Os documentos apreendidos bem como as interceptações telefônicas que, é bem verdade, tiveram início em relação as condutas do denunciado Marcelo Augusto, acabaram por trazer a lume a suposta participação de outros policiais - no caso, os outros quatro denunciados - o que deflagrou o oferecimento da denúncia em relação aos outros quatro

Assim, quanto ao princípio da serendipidade, filio-me ao entendimento do Ministro João Otávio de Noronha que abordou o tema em uma sessão em que a Corte Especial recebeu denúncia contra envolvidos em um esquema de venda de decisões judiciais no Tocantins (APn 690).

O Ministro ponderou que a serendipidade "não pode ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretada como ilegal ou inconstitucional simplesmente porque o objeto da interceptação não era o fato posteriormente descoberto. Com isso, o magistrado determinou a abertura de um novo procedimento específico. Segundo ele, seria impensável entender como nula toda prova obtida ao acaso.

Também em 2013, no HC 187.189, o Ministro Og Fernandes afirmou que é legítima a utilização de informações obtidas em interceptação telefônica para apurar conduta diversa daquela que originou a quebra de sigilo, desde que por meio dela se tenha descoberto fortuitamente a prática de outros delitos. Caso contrário, "significaria a inversão lógica do próprio sistema".

O caso julgado tratava de denúncia formulada pelo MPF a partir de desdobramento da operação Bola de Fogo, cujo objetivo era apurar a prática de contrabando e descaminho de cigarros na fronteira.

No entanto, a denúncia foi por outros crimes - formação de quadrilha e lavagem de dinheiro. Por isso, a defesa sustentava a ilegalidade das provas e queria o trancamento da ação penal.

Contudo, em seu entendimento, Og Fernandes asseverou que não houve irregularidade na investigação. "Não se pode esperar ou mesmo exigir que a autoridade policial, no momento em que dá início a uma investigação, saiba exatamente o que irá encontrar, definindo, de antemão, quais são os crimes configurados

E esse é o entendimento que adoto razão pela qual, afasto este argumento.

Entendo, ainda, ao contrário do que foi aduzido pela Defesa de Marcelo, não há que se falar em autorização judicial para o fim de se avaliar o conteúdo das informações havidas no interior do celular apreendido.

Isto, porque, uma vez autorizada a apreensão do aparelho, está pressuposta a permissão de acesso aos dados que estão armazenados nesses eletrônicos. Caso contrário, a medida seria inútil. Aliás, neste sentido o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de tratar sobre caso congênere, o qual trago à colação: "1. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve 'quebra, de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial'. 2. A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da 'comunicação de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270)" (RE n. 418416-8, Tribunal Pleno, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/12/2006, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, também não que se falar, neste momento, da teoria dos "frutos da árvore envenenada".

No mesmo sentido manifestou-se o Tribunal de origem ao denegar ordem com mesmo pedido, cujo excerto do voto condutor passo a transcrever (e-STJ fl. 310):

E cumprida a diligência na casa do paciente, anoto que foram apreendidos diversos objetos, a incluir seus telefones celulares (fls. 186/191 dos autos de pedido de busca e apreensão 11º 1000171-23.2019.8.26.0050).

Assim, autorizadas as quebras de sigilo de comunicações telefônicas e a consequente busca e apreensão na residência, não há que se falar em ilegalidade no acesso aos conteúdos dos aparelhos apreendidos, o que, aliás, é buscado com a obtenção das autorizações judiciais aqui deferidas.

Enfim, ilógica a impossibilidade de acesso às conversas registradas 110 telefone celular apreendido, depois de deferidas a quebra do sigilo das conversas telefônicas e subsequente busca e apreensão 11a residência do paciente.

A análise dos excertos acima colacionados demonstra que **o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias se coaduna com a orientação desta Corte.**

Isso, porque o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que **são lícitas as provas obtidas de aparelhos celulares quando recolhidos em cumprimento de mandado de busca e apreensão, independente de autorização posterior para acesso aos seus dados, por ser o objetivo final do instituto.** Do contrário, falar-se-ia em sequestro de bens, instituto diverso e sem relação com o caso em tela.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. [...] PROVAS COLHIDAS NO CELULAR DO RÉU. APARELHO APREENDIDO DURANTE CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. LICITUDE. [...] 3. Esta Corte Superior entende que "na pressuposição da ordem de apreensão de aparelho celular ou smartphone está o acesso aos dados que neles estejam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal" (RHC 75.800/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/9/2016, DJe 26/9/2016).

[...] (AgRg no HC 567.637/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 12/11/2020.)

No mesmo sentido o parecer do Ministério Público Federal, do qual extraio o seguinte excerto (e-STJ fl. 352):

Na espécie, os telefones celulares foram apreendidos em cumprimento ao mandado de busca e apreensão. Assim, não há ilegalidade a ser reparada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental, acolhido o parecer ministerial.

Publique-se. Intimem-se.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0087313-0

AgRg no
RHC 125.734 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0010589-37.2019.8.26.0050 105893720198260050 22209764920198260000 427/2019
4272019 94.0541.0001198/2016-8 940541000119820168

EM MESA

JULGADO: 23/11/2021

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MARCELO AUGUSTO AFONSO
ADVOGADO	: JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: JULIO CESAR FENZI
CORRÉU	: ROGERIO DIAS DA MOTA ABREU
CORRÉU	: PAULO ARBUES DE ANDRADE
CORRÉU	: VANIA APARECIDA DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Corrupção passiva

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: MARCELO AUGUSTO AFONSO
ADVOGADO	: JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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