



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.630.097 - RJ (2016/0260240-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : MARCELO DE AZEVEDO DE FREITAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA OBTIDA DE CONVERSA TRAVADA POR FUNÇÃO VIVA-VOZ DO APARELHO CELULAR DO SUSPEITO. DÚVIDAS QUANTO AO CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCOBERTA INEVITÁVEL. INOCORRÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO MANTIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão.

2. Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa.

3. O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente.

4. Está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos *frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.630.097 - RJ (2016/0260240-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : MARCELO DE AZEVEDO DE FREITAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inc. III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que a r. sentença julgou procedente a denúncia, para condenar o acusado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput* (tráfico de drogas), da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado e ao pagamento de 700 dias-multa, sendo mantida a prisão preventiva (fl. 176).

A defesa interpôs recurso de apelação, pleiteando a anulação dos depoimentos, a absolvição por insuficiência de provas e por coação moral irresistível a embasar a condenação e o redimensionamento da pena aplicada.

O recurso, por maioria, foi provido por acórdão assim ementado (fls. 214/218):

*APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSUAL
PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – EPISÓDIO OCORRIDO
NO BAIRRO PARQUE CORRIENTES, COMARCA DE CAMPOS DOS
GOYTACAZES – POLICIAIS MILITARES QUE SE ENCONTRAVAM
EM PATRULHAMENTO DE ROTINA PELA LOCALIDADE, QUANDO
AVISTARAM O IMPLICADO E OUTRO INDIVÍDUO TRANSITANDO
EM UMA MOTOCICLETA, VINDO AQUELES AGENTES A
CONSTATAREM QUE ESTES TERIAM SE MOSTRADO
APREENSIVOS COM A PRESENÇA POLICIAL, O QUE MOTIVOU A
REALIZAÇÃO DA ABORDAGEM E DE REVISTA PESSOAL NOS
SUSPEITOS, OPORTUNIDADE EM QUE NADA DE ILÍCITO FOI
ENCONTRADO – ENTRETANTO E DURANTE A ABORDAGEM
POLICIAL, MARCELO RECEBEU UM TELEFONEMA, SOBRE O
QUAL A IMPUTAÇÃO NÃO EFETUA QUALQUER DETALHAMENTO,
VINDO O PARQUET TÃO SOMENTE A DESCREVER QUE DEPOIS
DAQUELE, TODOS TERIAM SE DIRIGIDO PARA A RESIDÊNCIA DO
RECORRENTE, ONDE SE ENCONTRAVA A MÃE DESTA, QUEM
TERIA AUTORIZADO A ENTRADA DOS POLICIAIS MILITARES, OS
QUAIS, APÓS BUSCAS NO LOCAL LOGRARAM ARRECADAR 11,1G
(ONZE GRAMAS E UM DECIGRAMA) DE “CRACK”,
ACONDICIONADOS EM 104 (CENTO E QUATRO) INVÓLUCROS
PLÁSTICOS TRANSPARENTES, QUE ERAM ARMAZENADOS NO
INTERIOR DE UMA SACOLA PLÁSTICA, ESCONDIDA NO INTERIOR
DE UM BURACO NO COLCHÃO DA CAMA UTILIZADA POR*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARCELO – – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA DIANTE DO DESENLACE CONDENATÓRIO, PLEITEANDO, PRELIMINARMENTE, A DECRETAÇÃO DA NULIDADE DA OITIVA DE TESTEMUNHAS, A QUAL TERIA SIDO REALIZADA DE MOLDE A VIOLAR O DISPOSTO NO ART. 212 DO C.P.P. E, NO MÉRITO, A ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL SOFRIDA PELO IMPLICADO, ALEGANDO QUE ESTE GUARDOU O MATERIAL ENTORPECENTE COMO FORMA DE PAGAMENTO POR UMA DÍVIDA QUE TINHA COM UM AGIOTA, O QUAL O AMEAÇAVA, E SUBSIDIARIAMENTE, A REDUÇÃO DA PENA BASE AO SEU PATAMAR MÍNIMO LEGAL, BEM COMO O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO, ALÉM DA APLICAÇÃO DO REDUTOR ESPECÍFICO DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES, SEM PREJUÍZO DA FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E DA CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO QUALITATIVA DE REPRIMENDAS – PROCEDÊNCIA DO APELO DEFENSIVO – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR, DIANTE DA VIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS, SEGUNDO EXPRESSA INDICAÇÃO A RESPEITO NA DECLARAÇÃO DE MOTIVOS DO C.P.P. VIGENTE, BEM COMO EM SE CONSIDERANDO O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS, A PARTIR DA CONSTATAÇÃO DE QUE O ATO REALIZADO ALCANÇOU O FIM COLIMADO, INDEPENDENTEMENTE DE SE OBSERVAR QUE A NOVA REDAÇÃO EMPRESTADA AO ART. 212 DO DIPLOMA DOS RITOS ADMITE QUE SEJA FACULTADA ÀS PARTES A REALIZAÇÃO DA INQUIRição SEM A INTERMEDIÇÃO DO MAGISTRADO, MAS O QUE NÃO AFASTA A POSSIBILIDADE DE ESTE REALIZAR OS QUESTIONAMENTOS SEMPRE QUE ENTENDER NECESSÁRIO À OBTENÇÃO DE ESCLARECIMENTO ÚTIL À ELUCIDAÇÃO DA VERDADE REAL, CONFORME SE ENCONTRA MATERIALIZADO NO RESPECTIVO PARÁGRAFO ÚNICO, AINDA MAIS QUANDO DE TAL INICIATIVA NÃO ADVEIO PREJUÍZO À DEFESA, QUEM SE ENCONTRAVA PRESENTE A TODO O TEMPO, PREFERINDO NÃO SE INSURGIR E SÓ VINDO A FAZÊ-LO EM SEDE RECURSAL, DE MODO A SUBLINHAR A SUPERVENIÊNCIA DA RESPECTIVA PRECLUSÃO TEMPORAL, A FULMINAR A ARGUIÇÃO CORRESPONDENTE (ART. 571, INC. Nº II, DO C.P.P.) – NO MÉRITO, TEM-SE POR IDENTIFICADA A FLAGRANTE ILEGITIMIDADE DA DILIGÊNCIA POLICIAL QUE CULMINOU COM A PRISÃO DO RECORRENTE, MUITO EMBORA NADA DE ILÍCITO TENHA SIDO ENCONTRADO EM PODER DESTE, DURANTE A REVISTA PESSOAL, MAS TENDO SIDO SUSTENTADO PELOS AGENTES DA LEI QUE OUVIRAM INFORMAÇÕES COMPROMETEDORAS AO IMPLICADO ADVINDAS DE UMA LIGAÇÃO TELEFÔNICA RECEBIDA POR ESTE E ATENDIDA COM O USO DO RECURSO CONHECIDO POR “VIVA-VOZ”, CUJA INTERLOCUTORA SERIA A SUA PRÓPRIA MÃE, SOLICITANDO QUE O FILHO RETIRASSE O “MATERIAL” QUE ESTAVA NA RESIDÊNCIA DE AMBOS, HAJA VISTA QUE LÁ COMPARECEU UM INDIVÍDUO QUEM NÃO SERIA “DO BEM”,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRETENDENDO REAVER AQUELE MATERIAL, MAS SEM SUCESSO – CENÁRIO QUE TRAZ COMO LATENTE A PERSPECTIVA DA EXISTÊNCIA DE INIDÔNEA QUEBRA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL INCIDENTE SOBRE A INVIOABILIDADE DO SIGILO DOS DADOS E DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS AFETAS DO RECORRENTE, O QUE APENAS PODERIA SE DAR, POR EXCEÇÃO, MEDIANTE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA TANTO, MAS O QUE FOI IGNORADO E DESRESPEITADO POR AQUELES QUE DEVERIAM ZELAR PELO CUMPRIMENTO DA LEI, MAS OPTARAM POR TOMAR UM CAMINHO MAIS RÁPIDO E FÁCIL, EMBORA INACEITÁVEL, AO ALCANCE DO OBJETIVO DE IDENTIFICAR A PRÁTICA DE UMA CONDUTA ILÍCITA POR PARTE DE UM SUSPEITO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO, DIANTE DA CONDUTA DOS AGENTES DA LEI EM, SEGUNDO OS PRÓPRIOS, "ENCAMINHAREM" MARCELO À SUA PRÓPRIA RESIDÊNCIA, A FIM DE QUE ESTE OPORTUNIZASSE O ACESSO DAQUELES AO LOCAL, O QUE RESULTOU NA ARRECADAÇÃO DO MATERIAL ESTUPEFACIENTE QUE LÁ ERA ARMAZENADO – HIPÓTESE QUE REMETE AO EXEMPLO NORTE AMERICANO CONSUBSTANCIADO NO CASO DE ERNESTO ARTURO MIRANDA, QUEM FOI CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE ESTUPRO E DE SEQUESTRO, APENAS BASEADO NA SUA PRÓPRIA CONFISSÃO, O QUE CONDUZIU A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, AO JULGAR MIRANDA VERSUS ARIZONA, A ANULAR A DECISÃO E A REVOGAR A RESPECTIVA PRISÃO, POR ENTENDER QUE O IMPUTADO NÃO CONHECIA OS SEUS DIREITOS, CRIANDO UM PARADIGMA E OBRIGANDO QUE SEJA PROCEDIDA A IMEDIATA ADVERTÊNCIA, CONHECIDA COMO ADVERTÊNCIA DE MIRANDA (MIRANDA WARNING) OU DIREITOS DE MIRANDA (MIRANDA RIGHTS), SOMENTE SE ADMITINDO A RENÚNCIA A TAL DIREITO, SE ESTA SE DER DE FORMA EXPRESSA E REDIGIDA PELO PRÓPRIO IMPUTADO – EXIGÊNCIA FORMAL QUE LAMENTAVELMENTE AINDA NÃO SE APRESENTA EM NOSSO DIREITO PÁTRIO, MAS O QUE NÃO PERMITE QUE SIMPLEMENTE SE VENHA A PRESUMIR QUE UM IMPLICADO TENHA EFETUADO TAL RENÚNCIA, NOTADAMENTE NO EPISÓDIO EM QUESTÃO, EM QUE AS PROVAS DOS AUTOS, EXTRAÍDAS DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS AGENTES DA LEI DEMONSTRAM INEQUIVOCAMENTE QUE O RECORRENTE, ALÉM DE NÃO TER SIDO INFORMADO DE SEUS DIREITOS, SEQUER PODERIA DESTE USUFRUIR, NEGANDO AOS MILICIANOS QUE SE DIRIGISSEM A SEU PRÓPRIO DOMICÍLIO – NULIDADE DE TODOS OS ELEMENTOS PROBATÓRIOS ILEGALMENTE AMEALHADOS AOS AUTOS, O QUE, IN CASU, SE TRADUZ NA INTEGRALIDADE DO CONTINGENTE PROBATÓRIO – ABSOLVIÇÃO QUE SE CONCEDE, COM FULCRO NO ART. 386, INC. Nº VII DO DIPLOMA DOS RITOS – PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante disso, o *Parquet* estadual aponta no recurso especial negativa de vigência aos arts. 157, *caput* e § 1º, 282, 283, 301 e 303, todos do Código de Processo Penal, sustentando que: "[...] não há qualquer ilicitude na conduta de policiais militares que, durante revista pessoal, terminam por ouvir conversação telefônica travada pelo investigado, na qual se inferia que este guardava em sua residência droga destinada ao comércio ilícito. A situação abordada pelo v. Acórdão, evidente encontro fortuito de prova, em nada se assemelha à quebra ilegal de sigilo telefônico. Com efeito, se trata de abordagem policial de rotina, em virtude de atitude suspeita, e não de investigação em curso sobre a prática de determinada atividade ilícita. Ademais, não é possível presumir a ilegalidade na atuação policial simplesmente porque assim o quer o julgador, tecendo-se ilações sobre o motivo pelo qual teria o recorrido permitido que o policial ouvisse a conversa no sistema 'viva-voz'. Em situações em tudo semelhantes com a aqui em análise esse C. Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisões monocráticas da lavra dos Eminentes Ministros Og Fernandez e Marco Aurélio Bellizze, já teve oportunidade de referendar a licitude da atuação policial." (fl. 279).

Requer, assim, o retorno dos autos à origem para apreciação das teses defensivas.

Contrarrazões às fls. 308/318.

Admitido o recurso, os autos vieram à esta Corte (fls. 322/325).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo, em face da ilicitude da prova produzida e pela incidência da Súmula n. 7/STJ ao caso dos autos (fls. 361/367).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.630.097 - RJ (2016/0260240-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes – art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – à pena de 7 anos de reclusão, no regime fechado.

O apelo defensivo buscou a anulação dos depoimentos; a absolvição por coação moral irresistível; a redução da pena-base ao mínimo legal; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06; a substituição da pena privativa de liberdade e; o abrandamento do regime prisional (aberto).

O recurso foi provido, por maioria, para absolver o réu do crime imputado, ao fundamento de flagrante ilegitimidade na diligência policial no que tange à condução das provas incriminatórias que culminaram na prisão do ora recorrido.

O *Parquet* estadual pretende afastar a ilicitude da prova ao argumento de que *em nada se assemelharia à quebra de sigilo telefônico, mas em evidente encontro fortuito de prova.*

Vejamos.

Esta Corte vem tratando a quebra de sigilo das comunicações de forma legalista, ou seja, observadas as normas legais e a prévia autorização judicial, é possível a utilização das provas dela obtidas, sendo consideradas lícitas para fins de incriminação no Direito Penal.

Não se pode olvidar que a interceptação telefônica é atualmente um dos principais instrumentos de colheita de provas contra o crime organizado, principalmente em se tratando do delito de tráfico ilícito de entorpecentes. É assente, também, que, por se tratar de crime permanente e que se protraí no tempo, dispensa tanto o mandado de busca e apreensão quanto a autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio do suspeito.

No entanto, a questão tratada nestes autos está em saber se é lícita a prova obtida por autoridade policial decorrente da reprodução de conversa travada entre o suspeito e sua mãe por meio do recurso "viva-voz" do celular, relatando *para o mesmo voltar em casa para retirar o material guardado pois alguém esteve na casa,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não conseguir encontrar o material (...), que possibilitou o flagrante do crime de tráfico de drogas naquela residência.

No voto do revisor designado para o acórdão, em. Des. **LUIZ NORONHA DANTAS**, a controvérsia foi dirimida à conclusão de que seria ilícita a origem da diligência geradora das provas do crime. Seguem abaixo os trechos do aresto (fls. 220/223):

[...]

No mérito, melhor sorte incide sobre a pretensão defensiva.

E tal se dá diante da flagrante ilegitimidade da diligência policial que culminou com a prisão do Recorrente, o que teria se iniciado a partir de uma abordagem àquele e ao outro indivíduo que com ele se deslocava com o auxílio de uma motocicleta, sendo certo que, segundo os depoimentos prestados pelos agentes da lei (fls. 82/83 e 84/85), no exato momento da realização daquele ato policial, o telefone celular de MARCELO teria tocado, vindo este a atender à ligação se utilizando do recurso de “viva-voz”, o que possibilitou aos agentes da lei tomarem ciência da conversa que ali era travada, entre aquele e sua mãe, quem determinava que o filho se dirigisse à residência de ambos, para que este viesse a entregar o estupefaciente que ali existia para um indivíduo que o aguardava.

*Ora, tal hipótese nos remete à lição do mestre **ANTOLISEI**, quando afirmava que “possível é tudo contra o qual não existe uma lei da natureza”, trazendo, a partir daí uma plêiade de hipóteses afetas à ocorrência de determinado fato, as quais não raro, são manejadas em desfavor de um réu. E parece ser esta a hipótese dos autos, em que se busca ofertar credibilidade à inusitada perspectiva de que um indivíduo que esteja sendo submetido a uma revista pessoal por agentes da lei, venha a atender a uma ligação telefônica e, **sponte propria**, busque publicizar o conteúdo desta, a partir do manejo de recurso tecnológico que possibilita a todos que se encontram relativamente próximos àquele ouvirem o conteúdo da conversa então travada, não se podendo olvidar de que, antes mesmo de se atender a uma ligação em um aparelho de telefonia celular, já se tem por possível identificar o interlocutor desta.*

*Mas não é só. Constata-se que tal estória se mostrou consignada em sede judicial de forma especialmente coincidente e vaga, havendo somente a indicação em ambos os depoimentos prestados pelos milicianos de que **'o depoente ouviu no viva voz a mãe do réu dizer que era para o mesmo voltar em casa para retirar o material guardado, pois alguém esteve na casa, não conseguir encontrar o material e não era gente de bem'** – GRIFOS PRÓPRIOS EM NEGRITO E SUBLINHADOS. Ora, ainda que não se tenham elementos suficientes a comprovar que o imputado foi compelido a se utilizar daquele recurso de seu aparelho de telefonia, a fim de que os milicianos tivessem acesso ao conteúdo da conversa, não há como se descartar a concreta incidência de tal perspectiva, que traz em si a dúvida quanto à legitimidade da atuação policial, o que haverá de ser manejado em favor daquele,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quem, ao que tudo indica, experimentou a quebra da proteção constitucional incidente sobre a inviolabilidade do sigilo dos dados e das comunicações telefônicas afetas ao mesmo, o que apenas poderia se dar, por exceção, mediante expressa autorização judicial para tanto, mas o que foi ignorado e desrespeitado por aqueles que deveriam zelar pelo cumprimento da lei, mas que optaram por tomar um caminho mais rápido e fácil – pouco importando se ilícito – ao alcance do objetivo de identificar a prática de uma conduta ilícita por parte de um suspeito.

Mas não é só. **Além de tal latente ilicitude naquela parcela da atuação policial, ainda se constata que, muito embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder de MARCELO, foi este obrigado pelos agentes da lei a conduzirem-nos a seu próprio domicílio, onde supostamente teriam sido autorizados pela mãe daquele a ingressarem, efetuando as buscas que vieram a proporcionar a localização do estupefaciente apreendido nos autos.**

Sucedendo que tal ordem policial, que segundo os milicianos teria sido um “encaminhamento” de MARCELO à sua própria residência, se constitui em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, tendo sido aquele evidentemente compelido a produzir prova contra si mesmo, conduzindo os agentes da lei ao local em que teria armazenado o material ilícito, cuja informação sobre sua existência não se deu mercê de qualquer idônea atividade investigativa perpetrada por aqueles, como anteriormente debatido.

Tal afronta a princípio constitucional nos remete à lembrança do caso de ERNESTO ARTURO MIRANDA, quem foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes de estupro e de sequestro, apenas baseado na sua própria confissão, o que conduziu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao julgar *Miranda versus Arizona*, a anular a decisão e a revogar a respectiva prisão, por entender que o imputado não conhecia os seus direitos, criando um paradigma e obrigando que seja procedida a imediata advertência – cujo teor se mostra próximo daquela célebre frase cinematográfica **“tudo o que disser poderá ser usado contra você no Tribunal”** – impedindo-se a autoincriminação, o que já seria escorado, enquanto escolha eleita, pelo direito ao silêncio, constante da Quinta Emenda da Constituição daquele país. Para renunciar a isto e ainda se ter como válido o resultado de tal manifestação, necessário se faz que o implicado redija uma declaração “consciente, inteligente e voluntária”, pois, em caso contrário, não produzirá efeitos legais válidos. Por tal episódio, passou-se a se conhecer aquela obrigatória informação a ser apresentada a todo indivíduo que venha a ser detido como a advertência de *Miranda* (*Miranda warning*) ou direitos de *Miranda* (*Miranda rights*).

Certo é que, muito embora, no Direito pátrio, lamentavelmente, ainda não se aplique tão rígido – e adequado – entendimento, quanto à obrigatoriedade de se ter uma declaração escrita da renúncia a tal direito, não se pode simplesmente acolher a premissa de que um implicado conheça seus direitos e tenha, **sponte propria**, renunciado ao exercício de qualquer destes, optando, como **in casu**, por “convidar” policiais militares a se dirigirem à sua residência, onde este



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

armazenava material estupefaciente. E isto após ter sido revistado pessoalmente por aqueles, os quais não encontraram nada de ilícito em poder do “anfitrião”.

Neste contexto, verifica-se a ilicitude de raiz quanto à condução do Recorrente à sua própria residência, de molde a nulificar tudo o que daí tenha advindo. Vale dizer: **em sendo ilícita a origem da diligência geradora das provas, sobrevirá, por derivação, o reconhecimento da imprestabilidade de todos os demais elementos de convicção que a partir dela se estabeleceram e o que, na hipótese, engloba a arrecadação de todo o estupefaciente em questão.**

Destarte e diante da cristalização da indigência probatória, advinda da decretação ilicitude da prova, segundo a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada, a única solução possível é a decretação da absolvição daquele, com fulcro no art. 386, inc. nº VII do C.P.P.

Assim sendo, voto pelo provimento do Apelo defensivo, para absolver o Recorrente, nos termos em que expostos, determinando-se a expedição do competente Alvará de Soltura condicionado.

O Ministério Público Federal opinou no seguinte sentido (fls. 364/367):

[...]

A narrativa fática, de fato, aponta que o abordado fora forçado a atender o telefone em viva-voz e ainda a levar os policiais responsáveis pela abordagem até sua residência, para que fossem apreendidos os entorpecentes referidos na conversa telefônica. Até porque, naquele momento, não é crível que o recorrente tinha domínio de sua vontade, uma vez que estava detido para forçada averiguação pelos milicianos. Nem há referência no acórdão recorrido de alguma prova idônea que demonstre a espontaneidade do acusado em compartilhar sua conversa telefônica, tampouco de conduzir os policiais à sua residência.

É, portanto, verossímil a conclusão fática do TJRJ de que o acusado, no momento de sua abordagem pelo milicianos (em que nada foi encontrado consigo), foi compelido a atender a chamada telefônica de sua mãe, utilizando-se da função viva-voz, e, a partir das informações obtidas, a conduzir os policiais até sua residência, onde foram apreendidos os entorpecentes, em plena violação ao sigilo da comunicação telefônica e ao direito de não autoincriminação.

Logo, não há como se chegar a conclusão diversa, sem perscrutar amplamente as provas, o que é incompatível com a via excepcional, a teor da Súmula 7/STJ.

Sabe-se, ademais, que o privilégio contra a autoincriminação, decorrente do princípio do nemo tenetur se detegere, trata-se de garantia constitucional, a qual confere ao indivíduo o direito de não praticar qualquer ato que possa incriminá-lo ou de corroborar na produção de prova contra si.

Nessa perspectiva, a utilização de mecanismos que possam, direta ou indiretamente, forçar o indivíduo a autoincriminar-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

são incompatíveis com a Constituição da República e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A propósito dessa prerrogativa, já afirmou o Supremo Tribunal Federal:

“O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). (HC 99289 / RS - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Segunda Turma; DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011). (Sem grifos no original)

Por outro lado, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal “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”.

Assim, a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônica só é possível a partir de autorização do interlocutor ou mediante ordem do juiz competente, sob pena de malferimento àquela garantia constitucional.

No caso, não se tem a prova de que a escuta telefônica realizada pelos policiais tenha sido voluntariamente permitida pelo réu. Ao revés, a condição de inteira sujeição a que ele estava submetido permite concluir que tanto o atendimento da chamada como o compartilhamento da conversa foram forçados pelos policiais, tal como entendeu o TJRJ.

Logo, ainda que sob a pecha da dúvida, que nesta fase milita em favor do réu, deve-se reconhecer que a ausência de autorização (pessoal ou judicial) da escuta telefônica promovida pelos policiais, que culminou com a prisão de entorpecentes na residência do averiguado, revela a ilicitude da prova, determinando a nulidade da prisão em flagrante, da denúncia e do processo que nela se funda.

Escorreita, portanto, a decisão proferida pelo Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça do Rio de Janeiro, a qual deve ser mantida.

Ante o exposto, o parecer do Ministério Público Federal é pelo desprovimento do recurso especial.

Conforme disciplina o art. 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

De fato, a lei considera inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, com violação à Constituição Federal e às normas legais, assim como aquelas originariamente lícitas, mas que derivam das ilícitas, devendo ser desentranhadas dos autos quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não puderem ser obtidas senão por meio daquelas.

No art. 186, do mesmo Diploma legal, consagrou-se o direito ao silêncio, *verbis*:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Busca-se desta forma coibir a colheita de provas ilícitas pelo Estado, que afetem de algum modo os direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e o sigilo das comunicações, à luz da garantia contra a autoincriminação.

Trata-se de direito à liberdade, em que se busca a exclusão da culpabilidade do acusado, baseado no princípio *nemo tenetur se detegere*, que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitui também em princípio fundamental do processo penal, no contexto da produção probatória.

Isso é consectário do art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal de 1988, que assegura ao cidadão o direito de não se autoincriminar ou de não fazer prova contra si mesmo, instituto já consagrado no Pacto de São José da Costa Rica, que foi internalizado no País por meio do Decreto n. 678/1992, sendo crucial para a construção de um sistema punitivo compatível com o Estado Democrático de Direito.

Acerca do tema, o il. prof. e penalista LUIZ FLÁVIO GOMES, tece as seguintes considerações:

Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. São intoleráveis a fraude, a coação, física ou moral, a pressão, os artíficialismos etc. Nada disso é válido para a obtenção da prova. A garantia de não declarar contra si mesmo (que está contida no art. 14.3, g, do PIDCP, assim como no art. 8º, 2, g, da CADH) tem significado amplo. O não declarar deve ser entendido como qualquer tipo de manifestação (ativa) do agente, seja oral, documental, material etc.

.....

O cerne do direito de não auto-incriminação reside (fundamentalmente) numa inatividade (o réu tem direito de não falar, se falar, direito de não falar a verdade, direito de não confessar, de não apresentar prova contra ele, de não participar ativamente da produção de uma prova incriminatória etc.). Isso explica porque o réu, quando ultrapassa esse campo da inatividade para ingressar numa atividade perturbadora da produção da prova, como é o caso da inovação do local dos fatos por exemplo (remoção de sangue do local, mudança do local do veículo etc.), já não mais se encontra amparado pelo princípio (garantia) da não auto-incriminação (podendo até ser responsabilizado criminalmente, pelo delito de fraude processual, por exemplo). A única manifestação ativa do direito de não auto-incriminação consiste no direito de declarar o inverídico. Nesse caso, o limite está na afetação de direitos de terceiros. O réu pode declarar o inverídico, mas não pode prejudicar terceiros.

O sistema norte-americano vem sendo citado como exemplo dessa interpretação restritiva do direito de não auto-incriminação, sobretudo a partir da decisão da Suprema Corte, proferida no Caso Schmerber vs. Califórnia, em 1966. Por 5 votos a 4 a Corte delimitou o direito de não auto-incriminação às declarações comunicativas do réu, orais ou escritas.

Cuida-se de restrição que no nosso sistema seria inconstitucional e inconveniente, porque do direito ao silêncio, do direito de não declarar contra si mesmo e do direito de não confessar (CF, art. 5º, LXIII; CADH, art. 8º, 2, g; PIDCP, art. 14.3, g) fazem parte, implícita e naturalmente, todas as demais dimensões da não auto-incriminação, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tem seu núcleo essencial fundado em uma inatividade (ou em uma atividade não prejudicial a terceiros) (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010).

WAGNER MARTELETO FILHO, em: "O Direito à Não Autoincriminação: no Processo Penal Contemporâneo", comenta, entre outros, sobre a legitimidade das gravações ambientais e telefônicas clandestinas, os meios enganosos e violentos na produção da prova e as violações da garantia contra a autoincriminação, bem como no tocante às provas ilícitas por derivação, segundo a teoria da árvore envenenada, sustentando o seguinte:

a) Os meios enganosos e o nemo tenetur:

*[...] as comunicações verbais do acusado, no recesso do lar, ou mesmo em espaços públicos, podem ser captadas **conduzindo a uma verdadeira autoincriminação mediante engano**.*

*Não se devem reduzir os objetivos da garantia à prevenção do emprego da violência física para a obtenção da confissão. O **investigado deve ser protegido de modo sensivelmente mais amplo, inclusive contra o emprego de meios enganosos, através dos quais se aproveita de seu erro ou ignorância para a obtenção da prova, com sua cooperação inconsciente**. Porém, essa conclusão se submete a matizações.*

.....
Porém, no tocante a manifestações comunicativas do acusado, seja no âmbito da vida privada, seja nas relações públicas, há, tão somente, uma proteção prima facie no plano do nemo tenetur, que tem por objetivo evitar uma cooperação inconsciente ou involuntária para a produção da prova. Tal proteção prima facie, de estrutura normativa principiológica, pode ser restringida em situações excepcionais, desde que haja previsão legal, autorização judicial e observância estrita do princípio da proporcionalidade.

.....
***As normas legais que disciplinam os meios enganosos estabelecem, licitamente, possíveis restrições à garantia contra a autoincriminação, em seu plano de proteção prima facie. Fora das situações excepcionais regulamentadas pela lei e/ou ausente a proporcionalidade, os meios enganosos não podem ser legitimamente empregados, prevalecendo o direito à não auto-cooperação com a produção da prova** (tornando-se definitiva a proteção prima facie).*

*[...] Decorre, ainda, que **a coleta casual de provas, tendo por objeto outras informações em relação às quais o emprego de meios enganosos não se admitiria, deve ser classificada como inadmissível**, na medida em que a restrição da garantia só se faz legítima nos referidos casos excepcionais.*

Dessa maneira, preservando-se o plano de proteção prima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

facie da garantia contra a autoincriminação, e admitindo-se as restrições decorrentes das intervenções legislativas, é possível alcançar a tão almejada zona de equilíbrio, sem o sacrifício da garantia fundamental e sem que se renuncie aos importantes meios probatórios, extremamente úteis e indispensáveis na repressão à criminalidade organizada;

b) Violações da Garantia no Plano do Princípio:

[...] as restrições da garantia contra a autoincriminação, só não consistirão em verdadeiras violações, caso sejam autorizadas judicialmente e obsequiosas ao princípio da proporcionalidade.

O emprego de intervenção corporal coercitiva, por exemplo, sem autorização judicial, ou com inobservância do princípio da proporcionalidade, redundará na sanção de ineficácia da prova produzida. [...] qualquer intervenção corporal coercitiva é proibida no Brasil, ainda que resulte em lesão de ínfima monta no direito à integridade física. A prova recebe o rótulo da ilicitude por violação ao princípio da legalidade estrita e ao plano de proteção prima facie do nemo tenetur (direito de não cooperar, mesmo que passivamente, salvo por imposição legal constitucionalmente justificado);

c) Das provas ilícitas por derivação, segundo a teoria da árvore envenenada e sua relação com o nemo tenetur:

A proibição de utilização da prova ilícita vai além da exclusão da própria prova produzida com violação de direitos e garantias fundamentais. A discussão gira em torno do alcance da proibição, ou seja, sobre se esta abarca a prova mediata, e em que medida o faz. Cuida-se do efeito à distância (Fernwiring) do direito alemão ou da doutrina dos frutos da árvore venenosa, do direito estadunidense.

Por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruit of the poisonous tree doctrine, na conhecida expressão do juiz norte-americano Frankfurter), **a prova derivada daquela obtida por meios ilícitos também é inadmissível, porquanto contaminada por ela.**

.....

É preciso reconhecer, contudo, que a teoria da descoberta inevitável flexibiliza demasiadamente as regras de proibição probatória, fragilizando o conteúdo ético que deve impregnar o direito processual penal, especialmente neste campo sensível. Através de um subjetivo e inseguro método hipotético-causal - que não pode levar a resultados certos, na medida em que fatos (supostos) não ocorreram -, abre-se o campo para a convalidação de provas obtidas ilegalmente, muitas vezes decorrentes de má conduta policial e que violaram direitos fundamentais do imputado.

No que se refere ao nemo tenetur, o tema ainda ganha maior relevância, uma vez que **a prova ilícita se obtém através de uma cooperação do acusado, que dele não se poderia legitimamente exigir, permitindo a coleta de uma prova lícita derivada.** (Marteleto Filho, Wagner; O direito à não autoincriminação no processo penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cotemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas; BH; Del Rey; 2012; págs. 197/200, 207, 208/210) - grifos em negrito nosso.

A Quinta Turma deste Tribunal já teve oportunidade de apreciar questão do acesso a informações constantes de aparelho celular sem autorização judicial:

PROCESSO PENAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PROVAS EXTRAÍDAS DO APARELHO DE TELEFONIA MÓVEL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO TELEFÔNICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL NÃO EVIDENCIADAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO APLICÁVEL. LEI PENAL EM BRANCO HETERÓLOGA. SUBSTÂNCIA PSICOTRÓPICA ELENCADE NA PORTARIA 344/98 DA ANVISA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O entendimento perfilhado pela Corte a quo está em harmonia com a jurisprudência pacífica deste Tribunal, segundo a qual, sendo o crime de tráfico de drogas, nas modalidades guardar e ter em depósito, de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal. Ainda, a prisão em flagrante é possível enquanto não cessar a permanência, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes.

2. Embora seja despicienda ordem judicial para a apreensão dos celulares, pois os réus encontravam-se em situação de flagrância, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática. Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública. Precedente.

3. O art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do sigilo telefônico, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais, devendo a mitigação de tal preceito, para fins de investigação ou instrução criminal, ser precedida de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

4. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Precedentes).

5. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Mister se faz consignar que provas conclusivas acerca da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

6. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do writ. Precedentes.

7. Esta Corte Superior de Justiça há muito consolidou seu entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública, sendo o delito de perigo abstrato, afigurando-se irrelevante a quantidade de droga apreendida" (AgRg no REsp 1578209/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016).

8. O cloreto de etila está elencado como substância psicotrópica na Portaria n. 344/98 da ANVISA, cuja comercialização é defesa em todo o território nacional, tratando-se de droga para fins do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, norma penal em branco heteróloga.

9. Recurso parcialmente provido, tão somente para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos (RHC 67.379/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2016)

De igual forma, no julgamento do RHC n. 51.531/RO, da lavra do em.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro **NEFI CORDEIRO**, SEXTA TURMA, DJe de 5/9/2016, esta Corte teve a oportunidade de apreciar matéria semelhante ao caso aqui tratado, considerando ilícito o acesso aos dados do celular e das conversas de *whatsapp* extraídas do aparelho celular da acusada, dada a ausência de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente.

Referido pronunciamento ficou assim sintetizado:

[...]

Na perícia realizada, houve acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp obtidos sem ordem judicial.

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

[...]

Na conversas mantidas pelo programa whatsapp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial:

[...]

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 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.

Na ocasião, o em. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ** pediu vista dos autos, proferindo o seguinte voto-vista:

[...]

Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Após baixados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

automaticamente no aparelho celular, tais arquivos ficam armazenados na memória do telefone, cabendo ressaltar que a maioria das empresas que disponibilizam tais funcionalidades não guardam os referidos arquivos em seus servidores.

Daí a constatação de que 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", in verbis:

[...]

Por isso, o precedente do HC n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante.

Essa hipótese foi melhor analisada na jurisprudência comparada, mais recentemente, na experiência da Suprema Corte norte-americana no julgado *Riley v. California*.

V. Jurisprudência comparada (a experiência da Suprema Corte norte-americana – *Riley v. California*)

(...)

O Chief Justice John Roberts, em nome da Corte, **concluiu que um mandado é necessário para acessar o telefone celular de um cidadão na hipótese de prisão em flagrante**, haja vista que "telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção". No original:

[...]

O tema é novo e, salvo o citado precedente do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já passados mais de 10 anos, é ainda sujeito a oscilações.

Por ora, e sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito, sigo o entendimento do eminente relator.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. Dispositivo

*À vista do exposto, e com essas considerações finais, **acompanho o voto do relator e dou provimento** ao recurso ordinário em habeas corpus, para declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.*

Oportunamente, a Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA também ponderou o seguinte:

[...]

Como bem observado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, o fato examinado naquele caso ocorreu no ano de 2004, quando os aparelhos celulares não detinham a capacidade funcional e de armazenamento atual, tendo sido verificadas, apenas, as ligações telefônicas recebidas pelo preso em flagrante.

Diante da evolução tecnológica pela qual tais aparelhos passaram, a jurisprudência de diversos países tem voltado a se debater sobre o tema, reconhecendo o alto grau de violação da intimidade inerente ao acesso aos dados neles armazenados.

Como mencionado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, a Suprema Corte dos EUA reconheceu recentemente (Riley vs. California, 573 U.S. 2014) a necessidade de obtenção de uma ordem judicial prévia para que os policiais possam, após a realização de uma prisão ou de uma busca e apreensão, acessar os dados mantidos em um aparelho celular.

O tema, porém, é ainda bastante controverso. Pouco após a prolação da referida decisão nos EUA, a Suprema Corte do Canadá, ao decidir R. v. Fearon (2014 SCC 77, [2014] S.C.R. 621), entendeu, por maioria de 4 votos a 3, pela legitimidade do acesso pela polícia aos dados armazenados em aparelho celular, sem a necessidade de prévia ordem judicial, quando realizado tal acesso na sequência de uma prisão em flagrante.

No caso concreto, dois homens – um deles armado com uma espingarda – roubaram uma comerciante enquanto ela transferia jóias para o seu carro, fugindo em seguida. No mesmo dia, mais tarde, policiais encontraram o veículo da fuga, prenderam os suspeitos e, ao revistar um deles, encontraram um aparelho celular em seu bolso. Acessando imediatamente os dados constantes no aparelho, encontraram mensagens em que os suspeitos comunicavam que haviam realizado o roubo, bem como algumas fotos, inclusive da espingarda utilizada para a prática do crime. Um dia depois, com base em um mandado judicial de busca e apreensão para o exame do veículo, a espingarda, utilizada no roubo e retratada na foto, foi encontrada. Meses depois, as autoridades policiais requereram e obtiveram judicialmente a quebra do sigilo dos dados telefônicos, mas não foram encontradas novas evidências.

[...]

A referência à jurisprudência estrangeira tem o propósito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrar que o tema objeto deste recurso, além de controverso, tem sido reexaminado judicialmente mundo afora, justamente em razão dos avanços tecnológicos que permitiram que os aparelhos celulares passassem a constituir verdadeiros depósitos da vida privada de seus proprietários.

O tema ainda suscitará muita discussão na jurisprudência brasileira. Para o caso concreto, penso que a solução proposta pelos Ministros Néli Cordeiro e Rogério Schietti Cruz se afigura como a mais adequada.

Destaco, a propósito, que a ponderação dos interesses constitucionais em jogo foi realizada, entre nós, essencialmente pelo legislador, que previu, em mais de um dispositivo, o direito à inviolabilidade dos dados armazenados em aparelhos celulares.

Com efeito, a Lei nº 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve, em seu artigo 3º, inciso V, que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito “à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas”.

Já a Lei nº 12.965/14, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê, em seu artigo 7º, III, dentre os direitos assegurados aos usuários da rede mundial, “a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”.

No caso concreto, as autoridades policiais acessaram fotos, imagens e conversas existentes em aplicativo de mensagens instantâneas (whatsapp) extraídas do aparelho celular do recorrente. Não se trata, portanto, de verificação de registros das últimas ligações realizadas/recebidas ou de nomes existentes em agenda telefônica, informações tipicamente encontradas nos aparelhos antigos – como nos mencionados casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal (HC 91867) e pelo Tribunal Supremo espanhol (Sentencia 115/2013, de 9 de maio de 2013) –, mas de acesso a dados mais profundamente vinculados à intimidade, somente passíveis de armazenamento nos modernos aparelhos multifuncionais.

(...)

Não se encontra no caso dos autos, entretanto, nenhum argumento que pudesse justificar a urgência, em caráter excepcional, no acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular. Pelo contrário, o que transparece é que não haveria prejuízo nenhum às investigações se o aparelho celular fosse imediatamente apreendido – medida perfeitamente válida, nos termos dos incisos II e III do artigo 6º do CPP – e, apenas posteriormente, em deferência ao direito fundamental à intimidade do investigado, fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.

Com isso, seriam observados, em medida proporcional, os interesses constitucionais envolvidos, isto é, o direito difuso à segurança pública (artigo 144) e o direito fundamental à intimidade (artigo 5º, X).

Diante da situação concreta posta no presente recurso, para a validade da obtenção dos dados caberia às autoridades policiais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizar imediatamente a apreensão do aparelho e postular ao Poder Judiciário, subsequentemente, a quebra de sigilo dos dados armazenados no aparelho celular. Não tendo assim procedido, a prova foi obtida de modo inválido, devendo ser desentranhada dos autos, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.

*Diante do exposto, acompanho o Relator e **dou provimento** ao recurso.*

É como voto.

No caso presente, o Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão.

Entendeu também o Tribunal de origem que: "*verifica-se a ilicitude de raiz quanto à condução do recorrente à sua própria residência, de molde a nulificar tudo o que daí tenha advindo. Vale dizer: em sendo ilícita a origem da diligência geradora das provas, sobrevirá, por derivação, o reconhecimento da imprestabilidade de todos os demais elementos de convicção que a partir dela se estabeleceram e o que, na hipótese, engloba a arrecadação de todo o estupefaciente em questão.*" (fl. 223).

Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa.

O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente, e quem, por si só, imprimiria o ato de expor sua conversa privada "em alto e bom som" para que a autoridade pudesse ouvi-la? Por oportuno, transcrevo o referido trecho do julgado, que condiz com essa ideia, *litteris*:

(...) no exato momento da realização daquele ato policial, o telefone celular de MARCELO teria tocado, vindo este a atender à ligação se utilizando do recurso de "viva-voz", o que possibilitou aos agentes da lei tomarem ciência da conversa que ali era travada, entre aquele e sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mãe, quem determinava que o filho se dirigisse à residência de ambos, para que este viesse a entregar o estupefaciente que ali existia para um indivíduo que o aguardava.

*Ora, tal hipótese nos remete à lição do mestre ANTONILSEI, quando afirmava que "possível é tudo contra o qual não existe uma lei da natureza", trazendo, a partir daí uma plêiade de hipóteses afetas à ocorrência de determinado fato, as quais não raro, são manejadas em desfavor de um réu. **E parece ser esta a hipótese dos autos, em que se busca ofertar credibilidade à inusitada perspectiva de que um indivíduo que esteja sendo submetido a uma revista pessoal por agentes da lei, venha a atender a uma ligação telefônica e, sponte própria, busque publicizar o conteúdo desta, a partir do manejo de recurso tecnológico que possibilita a todos que se encontram relativamente próximos àquele ouvirem o conteúdo da conversa então travada, não se podendo olvidar de que, antes mesmo de se atender a uma ligação em um aparelho de telefonia celular, já se tem por possível identificar o interlocutor desta (fl. 221).***

Como visto, está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos *frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

Desse modo, sem consentimento do réu ou prévia autorização judicial, é ilícita a prova colhida de forma coercitiva pela polícia de conversa travada pelo investigado com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso "viva-voz", que conduziu ao flagrante do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, devendo o v. acórdão recorrido ser mantido pelos seus próprios fundamentos.

Ante do exposto, voto pelo desprovemento do recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0260240-6 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.630.097 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00057167320148190014 00100104893340181 201625401075 57167320148190014

PAUTA: 18/04/2017

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : MARCELO DE AZEVEDO DE FREITAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento."

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