



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.755.974 - MT (2018/0184406-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : LUIZ RICARDO TARGINO DE MELO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS RIBEIRO DA FONSECA - RO000920
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA ILÍCITA. ACESSO A DADOS REGISTRADOS EM APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO ANULADA. PROVAS INDEPENDENTES. NOVO JULGAMENTO NA ORIGEM. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do *whatsapp*) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular. Precedentes.

2. Na ausência de elementos hábeis a comprovar o alegado consentimento do Recorrente com a diligência, deve-se resguardar o devido processo legal com a decretação da nulidade das provas obtidas através do exame direto das conversas mantidas pelo Recorrente no aplicativo *whatsapp* sem a necessária e prévia autorização judicial.

3. O acervo probatório presente nos autos não está composto exclusivamente pela prova ora declarada ilícita, havendo outros elementos probatórios, obtidos de maneira independente. Nessa situação, a jurisprudência desta Sexta Turma tem orientado no sentido de que deve ser anulada a condenação, determinando-se ao Juízo de origem que, após desentranhar as provas ilícitas e as dela derivadas, realize um novo julgamento da ação penal.

4. Os efeitos deste julgamento devem ser estendidos ao corréu NELSON SORIANO GUEDES, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, pois se trata de ilicitude objetiva da prova utilizada na sentença.

5. Recurso especial parcialmente provido para: a) declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do Recorrente, sem autorização judicial, bem como das provas dele derivadas; b) cassar a sentença condenatória e determinar ao Juízo de origem que desentranhe as provas ora declaradas ilícitas dos autos e promova novo julgamento da ação penal, conforme entender de direito; c) estender os efeitos desta decisão ao corréu NELSON SORIANO GUEDES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, com extensão dos efeitos ao corréu Nelson Soriano Guedes, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 12 de março de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.755.974 - MT (2018/0184406-3)

RECORRENTE : LUIZ RICARDO TARGINO DE MELO

ADVOGADO : LUIZ CARLOS RIBEIRO DA FONSECA - RO000920

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso especial interposto por LUIZ RICARDO TARGINO DE MELO, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (Apelação n. 119867/2017).

Consta nos autos que o Recorrente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, e no art. 35, ambos da Lei n.º 11.343/2005, às penas de 15 (quinze) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.905 (mil novecentos e cinco) dias-multa. O Recorrente se encontra preso preventivamente desde **23/04/2016** (fl. 13), sendo mantida a prisão na sentença condenatória (fl. 818).

Irresignada, a Defesa recorreu ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento à apelação defensiva apenas para "*redimensionar a pena aplicada a Luiz Ricardo Targino de Melo e, torná-la definitiva, em **12 (doze) anos e 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 1675 (mil, seiscentos e setenta e cinco) dias-multa** pelos crimes descritos no artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso V e artigo 35, todos da Lei n. 11.343/2006, bem como para restituir o veículo, Caminhão Ford Truck, placa OHL 6249, ao seu proprietário, terceiro de boa-fé*" (fl. 1.055).

Nas razões do recurso especial, o Recorrente aponta ofensa ao art. 156 do Código do Processo Penal, ao art. 1.º da Lei n.º 9.294/96, ao art. 3.º da Lei n.º 9.472/97 e ao art. 7.º da Lei n.º 12.965/2014. Nesse aspecto, argumenta que a condenação do Recorrente está fundamentada em prova ilícita, uma vez que as autoridades policiais teriam realizado a apreensão do aparelho telefônico do Recorrente e extraído o conteúdo de suas comunicações pessoais pelo aplicativo *whatsapp* sem prévia autorização judicial.

De igual modo, o Recorrente assevera que a conduta dos agentes policiais ofendeu seu direito ao devido processo legal e implicou violação à sua privacidade, contrariando o art. 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos, o art. 11 do Pacto de São José da Costa Rica e os arts. 14 e 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Alega, também, que o Tribunal estadual, ao deixar de declarar a ilicitude das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provas, divergiu da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

Com a exclusão das provas alegadamente ilícitas, o Recorrente aponta contrariedade aos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006, sob o fundamento de que não há provas para a condenação no caso em apreço.

Pleiteia, assim, o provimento do recurso para que seja "*reformado a r. acórdão, combatido, de modo a considerar a nulidades das provas obtidas mediante violação de sigilo telefônico e das comunicações, devendo ser consideradas nulas todas outras provas decorrentes da prova obtida de forma ilícita, absolvendo o recorrente pelo crime de tráfico de drogas e associação, num ou no outro, tendo em vista ausência de provas*" (fl. 1.124).

Subsidiariamente, o Recorrente aduz ofensa aos arts. 33, § 4.º, e 42 da Lei n.º 11.343/2006, ao argumento de que não é possível utilizar a quantidade da droga, simultaneamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria, bem como que o Recorrente possui direito à incidência da referida causa de diminuição de pena.

Sustenta, igualmente, negativa de vigência ao art. 65, inciso III, do Código de Processo Penal, defendendo que a fração de diminuição da pena em razão da atenuante da confissão espontânea deve ser de, no mínimo, 1/6 (um sexto).

Contrarrazões às 1.142-1.166.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Dra. Ana Borges Coêlho Santos, opinou pelo parcial provimento do recurso especial, apenas no tocante ao aumento da fração de redução da pena decorrente da confissão espontânea (fls. 1.202-1.214).

É o relatório. Decido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.755.974 - MT (2018/0184406-3)
EMENTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA ILÍCITA. ACESSO A DADOS REGISTRADOS EM APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO ANULADA. PROVAS INDEPENDENTES. NOVO JULGAMENTO NA ORIGEM. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do *whatsapp*) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular. Precedentes.

2. Na ausência de elementos hábeis a comprovar o alegado consentimento do Recorrente com a diligência, deve-se resguardar o devido processo legal com a decretação da nulidade das provas obtidas através do exame direto das conversas mantidas pelo Recorrente no aplicativo *whatsapp* sem a necessária e prévia autorização judicial.

3. O acervo probatório presente nos autos não está composto exclusivamente pela prova ora declarada ilícita, havendo outros elementos probatórios, obtidos de maneira independente. Nessa situação, a jurisprudência desta Sexta Turma tem orientado no sentido de que deve ser anulada a condenação, determinando-se ao Juízo de origem que, após desentranhar as provas ilícitas e as dela derivadas, realize um novo julgamento da ação penal.

4. Os efeitos deste julgamento devem ser estendidos ao corréu NELSON SORIANO GUEDES, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, pois se trata de ilicitude objetiva da prova utilizada na sentença.

5. Recurso especial parcialmente provido para: a) declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do Recorrente, sem autorização judicial, bem como das provas dele derivadas; b) cassar a sentença condenatória e determinar ao Juízo de origem que desentranhe as provas ora declaradas ilícitas dos autos e promova novo julgamento da ação penal, conforme entender de direito; c) estender os efeitos desta decisão ao corréu NELSON SORIANO GUEDES.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o Recorrente foi preso em flagrante no dia **23/04/2016**, ocasião na qual uma equipe de agentes policiais, após receber informações acerca do transporte de uma grande carga de entorpecentes que estaria em curso na BR 364, encontrou **80 (oitenta) tablets de maconha (116kg)** no caminhão conduzido pelo Acusado (fls. 14-15).

Segundo narrado no Auto de Prisão em Flagrante, o aparelho celular do Recorrente foi apreendido na abordagem pelos policiais, sendo realizadas buscas no referido objeto, inclusive nas conversas mantidas no aplicativo de mensagens *whatsapp*. Confira-se, por oportuno, a seguinte declaração do policial condutor do flagrante:

*"Por derradeiro, em **buscas no celular do investigado foram identificadas conversas via whatsapp** entre ele, um tal de VINICIUS e NELSO dialogando sobre a carga de drogas."* (fl. 15, sem grifos no original).

A apreensão do celular foi registrada no Boletim de Ocorrência Policial (fl. 24), sendo ordenada, pelo Delegado de Polícia que presidiu o inquérito, que fossem encaminhados "o celular e mídia de armazenamento ao nosso núcleo para análise" (fl. 22).

Com efeito, nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, é ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do *whatsapp*) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PROVAS. OBTENÇÃO. DADOS CONSTANTES DE APARELHO CELULAR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA. APREENSÃO NO MOMENTO DO FLAGRANTE. ILICITUDE. DENÚNCIA. REJEIÇÃO.

1. 'A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser 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, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel.' (HC 372.762/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

2. No caso dos autos, verifica-se que os policiais militares responsáveis pela abordagem e prisão em flagrante do agente acessaram os registros telefônicos e o histórico de conversas via Whatsapp sem que houvesse prévia autorização judicial, o que revela a ilicitude da prova obtida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a medida.

3. Não subsistindo outros elementos de prova autônomos e suficientes para determinar o prosseguimento da ação penal, deve ser mantida a decisão do Juízo de origem que rejeitou a denúncia.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.748.161/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018, sem grifos no original).

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

1. A defesa, no writ originário, pleiteava a revogação da prisão preventiva em decorrência da falta de justa causa oriunda da nulidade das provas adquiridas por meio do acesso aos smartphones. Neste habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a defesa repisa o argumento de nulidade da quebra do sigilo dos telefones celulares, mas cinge-se a pedir a 'exclusão processual de todas as provas obtidas e as provas derivadas'

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

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

4. Habeas corpus concedido, a fim de reconhecer a ilegalidade das provas produzidas pelo acesso aos telefones celulares sem mandado judicial, determinando ao Juiz de primeira instância que avalie quais evidências devem ser eliminadas dos autos por derivação, bem como as que devem remanescer em função de fonte independente ou de descoberta inevitável." (HC 418.180/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 21/11/2018, sem grifos no original).

Portanto, no caso em apreço, não há como afastar a ilicitude da prova consistente nos dados extraídos do aparelho telefônico do Recorrente sem prévia autorização judicial, bem como de todas as demais provas que dela derivem.

Destaque-se, ainda, que não é suficiente para afastar a ilicitude da prova o argumento, presente no acórdão recorrido, de que "o agente policial, em seu depoimento em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo, Willian de Arruda Figueiredo, afirmou que o acusado, durante abordagem, não só teria permitido acesso ao conteúdo armazenado em seu telefone delular, como teria revelado a sua senha pessoal" (fl. 1.050, sem grifos no original).

De fato, não há nenhum registro formal desta suposta autorização do Recorrente para o acesso de suas comunicações pessoais, bem como não é possível garantir que lhe tenha sido assegurado o direito de não produzir prova contra si mesmo.

De outro lado, embora o agente policial afirme que o Recorrente colaborou espontaneamente ao fornecer a sua senha pessoal para o acesso ao celular, o laudo pericial do referido aparelho registra que "*ao ligar o aparelho, constatou-se que o mesmo não se encontrava bloqueado por senha*" (fl. 132, sem grifos no original).

Portanto, na ausência de elementos hábeis a comprovar o alegado consentimento do Recorrente, deve-se resguardar o devido processo legal com a decretação da nulidade das provas obtidas através do exame direto das conversas mantidas pelo Recorrente no aplicativo *whatsapp* sem a necessária e prévia autorização judicial.

Todavia, observa-se que o acervo probatório presente nos autos não está composto exclusivamente pela prova ora declarada ilícita e suas derivações, havendo outros elementos probatórios, obtidos de maneira independente. Nessa situação, a jurisprudência desta Sexta Turma tem orientado no sentido de que deve ser anulada a condenação, determinando-se que o Juízo de origem que, após desentranhar as provas ilícitas e as dela derivadas, realize um novo julgamento da ação penal (RHC 89.385/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 28/08/2018).

É necessário consignar, por fim, que os efeitos deste julgamento devem ser estendidos ao corréu NELSON SORIANO GUEDES, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, pois se trata de ilicitude objetiva da prova utilizada na sentença.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para: a) declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do Recorrente, sem autorização judicial, bem como das provas dele derivadas; b) cassar a sentença condenatória e determinar ao Juízo de origem que desentranhe as provas ora declaradas ilícitas dos autos e promova novo julgamento da ação penal, conforme entender de direito; c) estender os efeitos desta decisão ao corréu NELSON SORIANO GUEDES.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0184406-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1755974 / MT**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0012160082016 00132962420168110042 1198672017 12160082016 132962420168110042
253622018 254072018

PAUTA: 12/03/2019

JULGADO: 12/03/2019

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ RICARDO TARGINO DE MELO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS RIBEIRO DA FONSECA - RO000920
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO
CORRÉU : NELSON SORIANO GUEDES
CORRÉU : VINICIUS FAUSTINO DE SOUZA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, com extensão ao corréu Nelson Soriano Guedes, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.