

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 89.981 - MG (2017/0250966-3)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

**RECORRENTE :** \_\_\_\_\_

**ADVOGADOS : GUILHERME RIBEIRO GRIMALDI E OUTRO(S) -  
MG129232**

**JULIO CESAR BATISTA SILVA - MG085191**

**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:**

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido de liminar, interposto por \_\_\_\_\_, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que denegou a ordem no HC n. 1.0000.17.056134-4.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 155, § 4º, IV, c/c o artigo 14, II, e 288, todos do Código Penal.

A defesa impetrou prévio *mandamus* perante a Corte local objetivando a declaração de nulidade da ação penal, restando a ordem denegada. Eis a ementa do julgado (e-STJ fl. 114):

**EMENTA: HABEAS CORPUS - CRIME DE FURTO QUALIFICADO - ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - NULIDADE POR ILEGALIDADE E ILICITUDE DAS PROVAS PRODUZIDAS - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE - ORDEM DENEGADA.**

- *O habeas corpus não se presta ao exame aprofundado de questões meritórias, a não ser que se verifique patente constrangimento ilegal, o que não ocorre in casu.*

- *Diante da ausência de manifesto constrangimento ilegal, sanável de ofício, denega-se a ordem.*

- *Ordem denegada.*

Daí o presente recurso, no qual a defesa alega ser necessária a declaração de nulidade do procedimento criminal, por terem sido as provas que respaldaram o oferecimento da denúncia consistentes em mensagens constantes de aplicativo de *whatsapp* obtidas sem autorização judicial e sem a autorização do

# *Superior Tribunal de Justiça*

acusado.

Requer, liminarmente, a suspensão da Ação Penal n. 0065383-19.2016.8.13.0456 até final julgamento deste *writ*. No mérito, pleiteia a declaração de nulidade do procedimento criminal.

Indeferido o pleito liminar e prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 150/151), opinou o Ministério Público Federal "pelo conhecimento e provimento do recurso ordinário", em parecer assim ementado (e-STJ fl. 161):

*PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. HABEAS CORPUS IMPETRADO NA CORTE ESTADUAL . ORDEM DENEGADA . RECURSO.*

*“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” – PRECEDENTES .*

*MANIFESTAÇÃO PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO .*

É o relatório.

**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 89.981 - MG (2017/0250966-3)**

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Busca-se, no presente recurso, seja declarada ilícita as provas obtidas pela Polícia Militar, uma vez que na abordagem policial houve violação do conteúdo das mensagens constantes de aplicativo de *whatsapp* obtidas sem autorização judicial e sem a autorização do acusado, o que feriu a intimidade do recorrente.

Foi a questão assim decidida no Tribunal de origem (e-STJ fls. 116/120):

*Analisando os argumentos despendidos no presente writ, verifica-se que a impetração alega suposto constrangimento ilegal tendo em vista que "os Policiais Militares realizaram devassa no aparelho de telefonia celular de um corréu sem autorização judicial para tanto".*

*Pretendem a concessão da presente ordem para declarar a nulidade das provas colhidas nos autos.*

*Contudo, o presente writ, tecnicamente, não é o instrumento adequado para valoração do mérito da própria ação penal, por exigir exame aprofundado da prova, a não ser diante da possibilidade de lesão ou ameaça de lesão à liberdade ambulatorial do paciente, nos termos do art. 50, LXVIII da Constituição Federal, o que não se vislumbra no presente caso.*

*Além disso, conforme se observa da decisão de fls.09/11- TJ, a tese de nulidade foi arguida na resposta à acusação e rechaçada pelo magistrado a quo, senão vejamos:*

*"(...) Outrossim, infundada a tese de nulidade da prova obtida através do acesso imediato ao aplicativo mensageiro Whastapp do aparelho celular dos denunciados sem autorização judicial.*

*Isto porque, não obstante a privacidade, intimidade e o sigilo das comunicações telefônicas encontrem-se constitucionalmente assegurados (art. 5º, X e XII, da CF/88), o acesso aos dados constantes em aparelho celular regularmente apreendido pelos policiais na sequência de uma prisão em flagrante caracteriza-se hipótese de exame em instrumento utilizado na prática de crime, constituindo corpo de delito, sendo legítima sua apreensão e análise, a fim de constatar os vestígios da infração. Aliás, o Código de Processo Penal, em seu art. 6º, determina a apreensão imediata de todos os objetos que tenham relação com o fato, bem como de todas as provas que servirem ao seu esclarecimento. E dever do agente proceder de tal modo, o que, no caso dos celulares, significa*

# Superior Tribunal de Justiça

*extrair os dados neles constantes, independentemente de autorização judicial, a fim de saber se possuem alguma relação com a ocorrência investigada.*

*Além disso, há evidente elemento de urgência no acesso aos aparelhos, já que a demora decorrente da obtenção de um mandado judicial pode trazer prejuízos concretos à investigação, notadamente pela possibilidade de que, em poucos segundos, todos os dados constantes do dispositivo sejam apagados remotamente por qualquer pessoa com acesso à conta do titular. Assim, exigir que o aparelho celular seja primeiramente apreendido, e apenas posteriormente requerida e obtida judicialmente a quebra do sigilo do conteúdo nele armazenado, resultaria na inutilidade da diligência, porque certamente os dados não mais existirão.*

*Registra-se, ademais, que não se tratou propriamente de devassa aos dados constantes dos aparelhos apreendidos, já que somente o aplicativo mensageiro whatsapp foi examinado. Situação diversa seria o exame aprofundado de outras funções do aparelho, como a tentativa de recuperação de mensagens já apagadas, o acesso à localização para descobrir os últimos locais frequentados etc, que poderiam justificar eventual necessidade de autorização judicial.*

*Dessarte, tratando-se de prisão em flagrante que seguiu o delineado pelo Art. 304 e seguintes do CPP, inexistindo qualquer irregularidade, bem como constatado que o acesso aos dados do aparelho celular foi realizado imediatamente após o flagrante, para servir efetivamente aos propósitos da persecução penal, visando especialmente preservar os elementos probatórios, inexistente nulidade a ser declarada, afigurando-se lícitas as provas colhidas, (...)"*

*Neste sentido já se pronunciou este Tribunal:*

*"EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO LICITO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO - IRREGULARIDADES DO FLAGRANTE - CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA - MODIFICAÇÃO DO TÍTULO PRISIONAL - ACESSO AO CONTEÚDO DE MÍDIA DO APARELHO CELULAR - DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - PROVA LÍCITA - HIPÓTESE QUE NÃO CARACTERIZA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - DECISÃO FUNDAMENTADA- PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DOS ART. 312E SEGUINTE DO CPP - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - QUANTIDADE RELEVANTE DE DROGAS APREENDIDAS E INDÍCIOS DE REITERAÇÃO DELITIVA - PERSPECTIVA DA REPRIMENDA IN CONCRETO - FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA - IMPROBABILIDADE - DESPROPORCIONALIDADE DA SEGREGAÇÃO NÃO EVIDENCIADA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DENEGADO O HABEAS*

# Superior Tribunal de Justiça

*CORPUS. (...) - A garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações telefônicas diz respeito à vedação de escutas clandestinas, a qual não se confunde com a mera checagem de textos, mensagens ou imagens do celular apreendido. (...)" (Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.023709-3/000, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento 18/04/2017, Data da Publicação 04/05/2017)*

*"EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - DESENTRANHAMENTO DE PROVAS ILÍCITAS - SIGILO DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS ESTÁTICOS - INAPLICABILIDADE - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA. A salvaguarda Constitucional do sigilo das comunicações não acoberta direito à prática de ilícito criminal, nem diz respeito à dados armazenados em aparelhos que foram utilizados na execução de crimes. Se forem atendidas as exigências previstas na Lei nº 9.296/96 não há nulidade da prova produzida em decorrência de interceptação telefônica." (...) (Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.086709-9/000, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant, Data de Julgamento 08/03/2017, Data da Publicação 15/03/2017)*

*Assim, ausente manifesto constrangimento ilegal sanável de ofício, DENEGO A ORDEM.*

*Envie-se, imediatamente, cópia desta decisão para ser juntada ao respectivo processo (art. 461 do RITJMG).*

Com efeito, a situação retratada nos autos não se encontra albergada pelo comando do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, o qual assegura a inviolabilidade das comunicações, ressalvando a possibilidade de quebra de sigilo telefônico, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela Lei n. 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Note-se que não foram interceptadas as comunicações telefônicas, nem mesmo as mensagens armazenadas no aparelho celular dos acusados, razão pela qual não há se falar igualmente em inobservância do art. 7º, incisos II e III, da Lei n. 12.965/2014, a qual estabelece os princípios, garantias e deveres para uso da internet no Brasil.

A propósito, transcrevo a norma acima referida:

*Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:*

# Superior Tribunal de Justiça

I – (...).

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

(...).

Contudo, embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação ou de acesso a mensagens de texto armazenadas, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, houve sim violação dos dados armazenados no celular de um dos acusados.

De fato, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Ao ensejo:

**PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. PROVIDÊNCIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MOTIVAÇÃO DA MEDIDA. OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. 1. No contexto de racionalização do emprego do habeas corpus, mostra-se indevida a sua utilização como sucedâneo recursal. 2. Não se confundem as medidas de quebra de sigilo telefônico com a interceptação de comunicação telefônica, esta última albergada, ademais, pela cláusula de reserva de jurisdição. Daí, não são exigíveis, no contexto da quebra de sigilo de dados, todas as cautelas insertas na Lei 9.296/1996. In casu, o magistrado, em cumprimento do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, motivou a quebra do sigilo de dados, com base na intensa utilização de certo terminal telefônico, havendo a franca possibilidade de se desvendar, com base em dados cadastrais oriundos dos registros de companhia telefônica, a autoria de um quarto agente no concerto delitivo. 3. Ordem não conhecida. (HC 237.006/DF, Rel. Ministra MARIA**

# Superior Tribunal de Justiça

THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014)

Assim, a análise dos dados armazenados nas conversas de *whatsapp*, revela manifesta violação da garantia constitucional à intimidade e à vida privada, razão pela qual se revela imprescindível autorização judicial devidamente motivada, o que nem sequer foi requerido.

A propósito:

*PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DADOS ARMAZENADOS NO APARELHO CELULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI N. 9.296/96. PROTEÇÃO DAS COMUNICAÇÕES EM FLUXO. DADOS ARMAZENADOS. INFORMAÇÕES RELACIONADAS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE. INVOLABILIDADE. ART. 5º, X, DA CARTA MAGNA. ACESSO E UTILIZAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI N. 9.472/97 E DO ART. 7º DA LEI N. 12.965/14. TELEFONE CELULAR APREENDIDO EM CUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ANÁLISE E UTILIZAÇÃO DOS DADOS NELES ARMAZENADOS. RECURSO NÃO PROVIDO.*

*I - O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da República é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/96.*

*II - Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o "WhatsApp"), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, no termos do art. 5º, X, da Constituição Federal.*

*Assim, somente podem ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.472/97 e do art. 7º da Lei n. 12.965/14.*

*III - 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.**

*IV - No presente caso, contudo, o aparelho celular foi apreendido em cumprimento a ordem judicial que autorizou a busca e apreensão nos endereços ligados aos corréus, tendo a recorrente sido presa em flagrante na ocasião, na posse de uma mochila contendo tabletes de maconha. V - Se ocorreu a busca e apreensão dos aparelhos de telefone celular, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados.*

*Recurso ordinário não provido.*

*(RHC 77.232/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017)*

**PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.**

**1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas). 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do recorrente, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP.**

**3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.**

*(RHC 78.747/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,*

# Superior Tribunal de Justiça

QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)

Nesse encadeamento de ideias, verifica-se que a obtenção dos dados telefônicos do recorrente e dos corrêus 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 ao Magistrado de origem analisar a nexa de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

*A corroborar a validade das demais provas contidas nos autos, e que dão sustentação à peça vestibular e ao édito repressivo, o § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, excepciona, em matéria de provas ilícitas, a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida. (HC 117.437/AP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 20/10/2011)*

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados dos aparelhos telefônicos (conversas de *whatsapp*), sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator