

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 89.385 - SP (2017/0239443-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : L DE O M (PRESO)

ADVOGADOS : MERHEJ NAJM NETO - SP175970

DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

LEONARDO DE OLIVEIRA MONTEIRO alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no HC n. 2046110-33.2017.8.26.0000.

Nesta Corte, a defesa sustenta, em resumo, a ilicitude do acesso, pela autoridade policial, aos registros constantes do aparelho celular do réu – sobretudo as conversas de *Whatsapp* e *Messenger* –, sem prévia autorização judicial.

Requer seja determinado o desentranhamento de tais provas e, por conseguinte, reconhecida "a nulidade da Ação Penal n.º 0005061-76.2016.8.26.0066, desde o oferecimento da denúncia, pois alicerçada em elementos angariados sem autorização judicial" (fl. 146).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso, mas pela concessão de habeas corpus de ofício a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta ao réu.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 89.385 - SP (2017/0239443-8)
EMENTA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. CONFIGURAÇÃO. ACESSO A DADOS DE TELEFONE CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA CASSADA. DIREITO DE RESPONDER À AÇÃO PENAL EM LIBERDADE. CONCESSÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme ao considerar ilícito o acesso direto da polícia a informações constantes de aparelho celular, sem prévia autorização judicial. Precedentes.
2. Hipótese em que a autoridade policial realizou perícia no telefone móvel do acusado e obteve os registros telefônicos e o histórico de conversas via *Whatsapp*.
3. A afirmação do Juízo sentenciante de que a defesa não comprovou a ausência de consentimento do réu para a submissão de seu aparelho celular a exame pericial constitui indevida inversão do ônus da prova e, por esse motivo, deve ser desconsiderada.
4. Não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório produzido a partir da juntada do laudo pericial. Apenas são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo se não ficar evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou se as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157, § 1º, do CPP).
5. O réu foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em decisão já transitada em julgado, a evidenciar a impossibilidade do aumento de tal reprimenda em caso de novo decreto condenatório, porquanto vedada a *reformatio in pejus* indireta.
6. É desproporcional a manutenção da custódia preventiva do réu, sobretudo porque o período de prisão cautelar – desde 13/11/2016 (decretação) até 23/5/2018 (trânsito em julgado) – corresponde à quase totalidade da pena estabelecida.
7. Recurso provido, nos termos do voto do relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

O recorrente foi denunciado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque "trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 6,139 g (seis gramas e cento e trinta e nove miligramas) da droga conhecida como maconha" (fl. 66).

Ainda, conforme a inicial, o acusado, em posse do entorpecente citado, "foi flagrado por policiais militares que realizavam *blitz* de trânsito 'Operação Saturação' [e] devidamente conduzido à Delegacia, sendo certo que, **realizada análise (fl. 84) das informações contidas no celular marca Samsung (sic), modelo 4G Duos, cor preto que levava consigo, foram encontradas provas do comércio ilícito de drogas**" (fl. 66, grifei).

Em defesa preliminar, foi sustentada a nulidade das provas obtidas a partir do acesso aos registros constantes do aparelho celular do réu, tese não acolhida pelo Juízo de primeiro grau.

Contra essa decisão, foi impetrado habeas corpus perante a Corte estadual, que denegou a ordem, sob a seguinte motivação (fls. 126-129, destaquei):

Inicialmente, deve-se ressaltar que a prisão em flagrante **decorreu de operação policial que, durante uma blitz, apreendeu os tóxicos que o paciente trazia consigo**. Ou seja, **Leonardo não foi detido pelo conteúdo das conversas que tinha armazenadas em seu telefone celular**.

Assim, a **prévia autorização judicial não é necessária para a realização de perícia no aparelho apreendido**. Com efeito, de acordo com o artigo 6º, incisos II, III e VII, do Código de Processo Penal, a autoridade policial deve apreender os objetos que tenham relação com o fato, colhendo todas as provas que servirem para seu esclarecimento e suas circunstâncias, determinando, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias.

Em que pese o reclamo defensivo, não houve violação ao direito à intimidade e à inviolabilidade das comunicações de dados do paciente (artigo 5º, incisos X e XII, da CF, respectivamente). Faz-se necessário ponderar que tais proteções não são absolutas, principalmente quando existe o choque de interesses com o direito à segurança pública, com igual previsão na Carta Magna. Nesse caso, o direito individual é mitigado, principalmente na perpetração de um delito, preponderando sobre ele o direito coletivo.

Também não há que se falar em ofensa à Lei nº 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da *Internet*, uma vez que esta se destina a

proteger o sigilo e a inviolabilidade da comunicação dos indivíduos quando estão em conexão virtual. Exige-se, portanto, atualidade da comunicação e, como diz a própria lei, "acesso à internet".

Na presente hipótese, não se vislumbra a ilegalidade apontada, pois o que se protege é a comunicação dos dados, e não os dados que já estão armazenados. No caso vertente, **o paciente foi preso em flagrante delito e, de acordo com o determina a lei (artigo 6º, inciso II, do CPP), os objetos relacionados ao crime devem ser apreendidos e submetidos à perícia técnica.**

São comuns casos em que, com o indivíduo detido por violação ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, apreendem-se cadernos ou agendas que contenham anotações que denotem envolvimento com o narcotráfico. Assim, ante a ocorrência do crime, as verificações dessas anotações pela polícia não diferem das que foram feitas no aparelho celular do paciente.

Dessa forma, não houve quebra no sigilo da correspondência ou interceptação de comunicação telefônica ou virtual pela *internet*.

Ocorreu, pura e simplesmente, a análise dos dados existentes no telefone celular apreendido, agindo a autoridade policial de acordo com o que a lei processual preconiza, no sentido de buscar elementos aptos a esclarecer a autoria e a materialidade do crime.

Conforme destacou a Subprocuradora-Geral da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, o réu foi condenado, na ação penal objeto deste recurso, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Ao julgar apelo defensivo, o Tribunal *a quo* reconheceu a incidência da minorante prevista no § 4º do mesmo dispositivo legal e reduziu a pena para **1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 dias-multa** (fls. 177-178).

O parecer ministerial transcreve o excerto da sentença em que foi analisada a matéria suscitada neste *writ*. Confira-se (fl. 168, destaques no original):

Não se vislumbra a nulidade do processo por violação ao sigilo das mensagens encontradas nos aplicativos do celular do réu.

Com efeito, não se comprovou que os agentes da lei acessaram os dados existentes do telefone móvel sem a autorização de Leonardo.

De modo contrário, os agentes da lei foram categóricos em afirmar que o acusado permitiu-lhes o acesso ao aparelho e seu conteúdo, não havendo prova em contrário.

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, o gabinete verificou que: a) **o acórdão transitou em julgado para o Ministério Público em 23/5/2018**; b) a prisão preventiva do paciente havia sido decretada em 13/11/2016.

Feito esse registro, examino a tese defensiva.

II. Nulidade da prova

Depreende-se dos autos que a autoridade policial, **sem prévia autorização judicial**, acessou os dados do telefone celular encontrado em poder do réu. Em exame pericial, obteve os **registros telefônicos e o histórico de conversas via Whatsapp** (fls. 31-65).

Nesse sentido, considero que a afirmação do Juízo sentenciante de que a defesa não comprovou a ausência de consentimento do réu para a submissão de seu aparelho celular a exame pericial **constitui indevida inversão do ônus da prova e, por esse motivo, deve ser desconsiderada**.

O que transparece é que **não haveria prejuízo nenhum às investigações se o aparelho fosse imediatamente apreendido e, em deferência ao direito fundamental à intimidade do investigado, fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados**. Com isso, seriam observados o direito difuso à segurança pública (art. 144, CF) e o direito fundamental à intimidade (art. 5º, X, CF).

O acórdão estadual está em confronto com a jurisprudência deste Superior Tribunal, firme em assinalar que "é **ilícita a devassa de dados**, bem como das conversas de *whatsapp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial" (**REsp n. 1.675.501/MG**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 27/10/2017, grifei).

Ademais, o princípio do prejuízo não pode orientar a solução da controvérsia, haja vista o **princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, de envergadura constitucional**.

A prova ilícita não é permitida no nosso ordenamento jurídico nem pode ingressar no processo, pois destituída de qualquer grau de eficácia jurídica, consoante previsão do art. 5º, LVI, da CF.

Superior Tribunal de Justiça

A questão foi amplamente debatida pela Sexta Turma no julgamento do **RHC n. 51.531/RO**, assim ementado:

[...]

1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

(**RHC n. 51.531/RO**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 9/5/2016)

Em voto-vista por mim proferido no julgado mencionado, ao qual faço **expressa referência** para evitar repetição inútil, a partir do que a doutrina nomeia de **direito probatório de terceira geração** e do estudo da jurisprudência comparada, concluí, em concordância com o voto do Ministro relator, que **o acesso aos dados do celular e às conversas de *Whatsapp* sem ordem judicial constitui devassa e, portanto, violação à intimidade do agente.**

Assim, está caracterizado o constrangimento ilegal na hipótese, porquanto os dados armazenados no aparelho celular dizem respeito à intimidade e à vida privada e, por isso, são invioláveis, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Somente podem ser acessados pela Polícia Judiciária mediante prévia **autorização judicial**.

A propósito, cito os seguintes julgados:

[...]

II - A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser **ilícita a prova obtida diretamente dos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (*WhatsApp*), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.**

III - *In casu*, os policiais civis obtiveram acesso aos dados do aplicativo *WhatsApp* armazenados no aparelho celular do agravado no momento da prisão em flagrante, **sem autorização judicial, o que torna a prova obtida ilícita, e impõe o seu desentranhamento dos**

autos, bem como dos demais elementos probatórios dela diretamente derivados.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 92.801/SC, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 26/3/2018, destaquei)

[...]

1. Esta Corte Superior de Justiça considera ilícita (sic) o acesso aos dados do celular e das conversas de *whatsapp* extraídas do aparelho celular apreendido em flagrante, **quando ausente 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. Precedentes: RHC 89.981/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2017; RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, , DJe 09/05/2016.

No caso, **a obtenção dos dados telefônicos do recorrente 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, de forma que, devem ser desentranhadas dos autos, bem como aquelas derivadas, devendo o Magistrado de origem analisar o nexo de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário em habeas corpus provido 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, competindo ao Magistrado de origem analisar o nexo de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

(RHC n. 73.998/SC, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 19/2/2018, grifei)

[...]

1. **É inequivocamente nula a obtenção de dados existentes em aparelhos de telefonia celular ou em outros meios de armazenamento de dados, sem autorização judicial**, ressalvada, apenas, excepcionalmente, a colheita da prova através do acesso imediato aos dados do aparelho celular, nos casos em que a demora na obtenção de um mandado judicial puder trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito.

2. É nulo o laudo pericial elaborado por requisição direta da

autoridade policial no curso da investigação, sem autorização judicial, com obtenção de registros de chamadas, mensagens de texto com a transcrição de seus conteúdos, dados de georeferenciamento, além de eventos de calendário e fotos, em verdadeira devassa de dados privados.

3. Recurso provido.

(REsp n. 1.661.378/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 30/5/2017, destaquei)

Entretanto, **não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório produzido a partir da juntada do laudo pericial.** Apenas são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo se não ficar evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou se as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157, § 1º, do CPP).

Assim, a análise acerca da existência de elementos probatórios autônomos deverá ser efetuada pelo Juízo de primeiro grau, antes de prolatar nova sentença.

III. Expedição de alvará de soltura

No caso em exame, o réu foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em decisão já transitada em julgado, a evidenciar a impossibilidade do aumento de tal reprimenda em hipótese de novo decreto condenatório, porquanto vedada a *reformatio in pejus* indireta.

Desse modo, **considero desproporcional a manutenção da custódia preventiva do recorrente,** sobretudo porque o período de prisão cautelar – desde 13/11/2016 (decretação) até 23/5/2018 (trânsito em julgado) – corresponde à quase totalidade da pena estabelecida.

Com base nessas premissas, deve ser concedido ao acusado o direito de **responder à ação penal em liberdade.**

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso a fim de: a) declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular encontrado em poder do réu, sem autorização judicial; b) cassar a sentença**

condenatória; c) determinar ao Juízo de primeiro grau que desentranhe dos autos tal elemento probatório, bem como aqueles dele derivados, e renove o julgamento do caso, sem considerar a prova nula; d) assegurar ao acusado o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar se efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

Em tempo, corrija-se a autuação para fazer constar o nome do recorrente por extenso, tendo em vista que, na espécie, não há motivo legal para a ocultação de sua identidade.

Comunique-se, **com urgência**, o inteiro teor deste *decisum* às instâncias ordinárias.

