

RECURSO ESPECIAL Nº 1.701.504 - SC (2017/0252704-2)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE : F M (PRESO)
ADVOGADO : ROBERTO BITTERN COURT OLINGER - SC022283
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
COMTE : L H V

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO DE DADOS DE APLICATIVO CELULAR *WHATSAPP*. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

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 especial provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial e, bem assim, das provas consequentes, a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes, estendido seus efeitos aos demais corréus, ficando prejudicadas as demais questões arguidas no recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.701.504 - SC (2017/0252704-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : F M (PRESO)

ADVOGADO : ROBERTO BITTERN COURT OLINGER - SC022283

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

COMTE : L H V

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA.

NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM RAZÃO DO ACESSO AO CONTEÚDO DE MENSAGENS EXISTENTES NO CELULAR DO ACUSADO. DESCABIMENTO. PROCEDIMENTO QUE NÃO SE CONFUNDE COM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. QUESTÃO PENDENTE DE PACIFICAÇÃO PELAS CORTES SUPERIORES.

DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. NATUREZA DE UM DOS ENTORPECENTES COMERCIALIZADOS PELO IMPUTADO (COCAÍNA) QUE AUTORIZA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VETOR CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME REPUTADO DESFAVORÁVEL COM BASE NO ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. TERCEIRA FASE. NEGADA NA ORIGEM A INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS DO RÉU EVIDENCIADA NOS AUTOS.

AGENTE PRIMÁRIO E CUJA PENA ULTRAPASSA 4 ANOS DE RECLUSÃO. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS, QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTE APREENDIDO E PRESENÇA DE VETOR NEGATIVO, CONTUDO, QUE JUSTIFICAM A ADOÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO PARA RESGATE DA REPRIMENDA. § 3º DO ART. 33 DO CP.

QUANTUM DA SANÇÃO CORPÓREA QUE, POR SI SÓ, OBSTA A SUBSTITUIÇÃO DESTA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CAPUT DO ART. 77 DO CP.

RECURSO DESPROVIDO.

Sustenta o recorrente violação dos arts. 7º, I, II e III da Lei 12.965/2014, 1º da Lei 9.294/96 e 157 do CPP, além de divergência jurisprudencial.

Argumenta a ilicitude da prova em razão de que foram obtidas, sem autorização judicial, informações do celular do recorrente, contidas no aplicativo

Superior Tribunal de Justiça

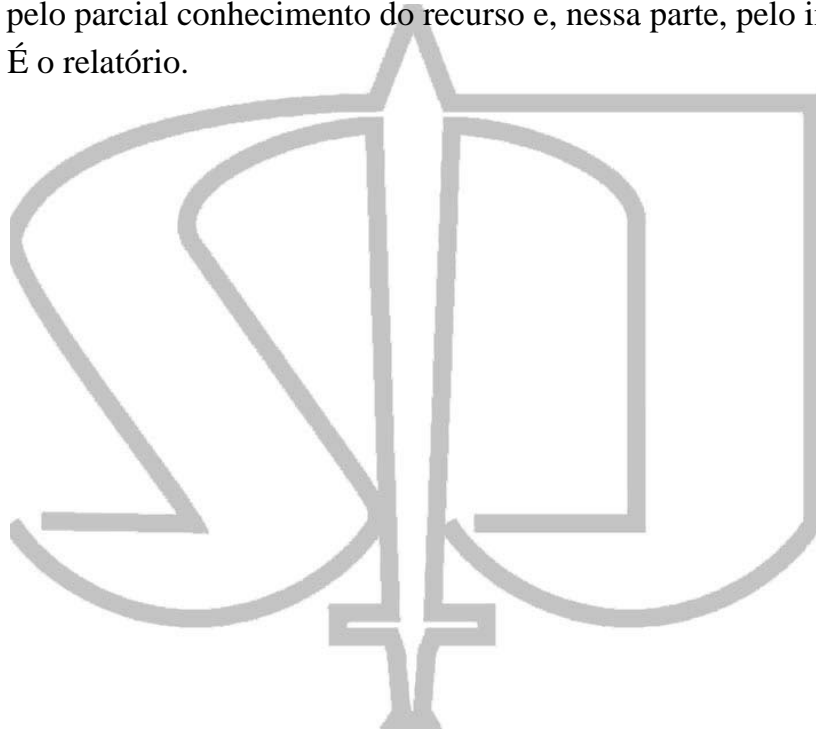
Whatsapp .

Sustenta a falta de fundamentação idônea na exasperação da pena-base decorrente da quantidade de droga, que foi apreendida somente com o corréu, fato que enseja a redução da reprimenda ao mínimo legal, reconhecendo-se a minorante do tráfico e, ainda, a fixação de regime prisional mais benéfico.

Requer, assim, a reforma o acórdão recorrido, a fim de que seja anulado o processo ante a ilicitude da prova ou o redimensionamento da pena com a modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa parte, pelo improvimento.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.701.504 - SC (2017/0252704-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, no regime fechado, mais o pagamento de 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça negou provimento ao apelo da defesa. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados pela Corte estadual.

Acerca da nulidade da prova, o voto condutor assim referiu (fls. 1578/1582):

1. Da prefacial de nulidade do feito

Em sede preambular, destaca o imputado que, "uma vez constatado de forma inequívoca que o aparelho celular do apelante foi vasculhado sem qualquer espécie de autorização judicial, e por tal razão se viu preso, processado e condenado criminalmente - o que per si demonstra o prejuízo outra não pode ser a solução do que reconhecer a ilicitude da prova obtida em seu aparelho celular, anulando-se todo o feito em relação ao apelante" (fl. 1.378).

Frise-se que a proemial em destaque, após a defesa prévia (fls. 655-667), foi assim rejeitada pelo juízo inaugural:

"[...] A defesa dos acusados pugna pela nulidade da prova produzida através do aplicativo 'WhatsApp', tendo em vista que produzida sem autorização judicial.

Contudo, entende-se que a leitura de mensagens em celulares apreendidos não configura interceptação telefônica, nem quebra de sigilo.

Não se desconhece a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema (RHC n. 51.531/RO. rel. Mm. Néfi Cordeiro). Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento contrário (vide HC n. 91.867/PA. rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/4/2012). Além do que recentíssimo julgado da Corte de Justiça catarinense afasta a alegada nulidade. O Des. Moacyr de Moraes Lima Filho entendeu, seguido pelos demais pares, no Habeas Corpus n. 4001937-75.2016.8.24.0000. Destacou que, conforme dispõe o art. 6º. II e III, do Código de Processo Penal, incumbe à autoridade policial colher as provas necessárias para comprovar a prática de crimes.

Nestes termos, colhe-se do teor do acórdão:

"Tal qual ocorre na apreensão de agenda com anotações manuscritas ou de telefone celular com mensagens de texto, o aplicativo WhatsApp nada mais é do que um banco de dados que acumulou, ao longo do tempo, mensagens que interessam ao processo

Superior Tribunal de Justiça

penal, o que torna legal o acesso direto pela própria polícia. A título de exemplo, a possibilidade de visualizar, por meio do WhatsApp uma foto de um bilhete com informações a respeito de um crime, nada mais é do que apreender o próprio bilhete.

Impossibilitar o acesso pelos policiais de mensagens que estão aparecendo na tela de um celular ou de fotografias/filmagens que comprovem a ocorrência de um delito, em algumas situações, pode ser comparada aos gritos de uma mulher que está sendo violentada em uma residência e, em razão de a porta estar 'fechada', ninguém ser capaz de socorrê-la. Crimes ocorrem pelo WhatsApp, assim como ocorrem em residências trancadas, e não é por isso que pessoas deixarão de ser socorridas.

Deve-se lembrar, ademais, que, a rigor, ainda não há tecnologia tamanha para que mensagens de WhatsApp sejam interceptadas tão logo enviadas, em razão da criptografia. Logo, impossibilitar que sejam posteriormente acessadas e incluídas na investigação criminal é alavancar o cometimento de delitos por tal meio, já que, em tese, seria inatingível.

Em tempos que o crime nunca esteve tão bem organizado e articulado e que lança mão das melhores tecnologias, infiltrando-se em meios nunca antes pensados, não se pode vedar os olhos para aquilo que pode ser a salvaguarda de uma sociedade pacífica e justa, ou seja, considerar válida uma prova que a própria Constituição Federal há muito tempo considera' (Habeas Corpus n. 4001937-75.2016.8.24.0000. de Jaraguá do Sul, rei. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 07-06-2016) (grifou-se).

Portanto, não deve ser reconhecida nenhuma nulidade, até mesmo porque nenhum prejuízo foi demonstrado, pois a prisão dos acusados não se baseia tão-somente nas referidas conversas, mas em prova testemunhal, documental e interceptações telefônicas, valendo a regra do art. 563 do Código de Processo Penal. [...]" (fls. 762/763; grifos no original).

Além do mais, não se pode olvidar que na sentença a preliminar foi novamente rebatida, com base nos mesmos argumentos (vide fls. 1.299-1.301).

Nesse viés, tem-se que agiu com certo o magistrado de primeira instância.

Isso porque, tal como apregoado pelo juízo primevo, a prisão em flagrante do réu não restou embasada exclusivamente nas informações colhidas no celular deste, mas também em vasta e complexa investigação pretérita - com denúncias anônimas (Francisco transportaria drogas em uma ambulância que dirigia), interceptações telefônicas (o corréu Jean teria pedido entorpecentes para Francisco; Francisco teria comentado que o corréu Israel estaria lhe devendo dinheiro referente a estupefacientes) e

Superior Tribunal de Justiça

campanas (Francisco teria sido flagrado indo para o Paraguai com o corréu Israel para buscar material ilícito um dia antes de sua prisão).

Da mesma forma, insta frisar que o acusado foi preso em flagrante enquanto aguardava o corréu Israel embarcar em seu veículo com uma mochila contendo quase um quilo de maconha.

Em suma, não há se falar em ilegalidade no acesso às mensagens do celular apreendido quando realizado o flagrante, pois, conforme o art. 6º, II e III, do CPP, é ônus da autoridade policial a apreensão dos "objetos que tiverem relação com o fato" e a coleta de "todas as provas que servirem para o esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias".

Dessa feita, a análise preliminar dos aparelhos pelos policiais era, inclusive, necessária, a fim de evidenciar a possível existência de elementos probatórios a serem oportunamente aferidos mediante a realização de prova pericial e até mesmo a ensejar eventual pedido de quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Ou seja, era dever da autoridade policial realizar a apreensão de todo e qualquer objeto relacionado com a suposta infração penal.

[...]

Outrossim, o procedimento adotado pelos policiais que realizaram a abordagem não consistiu em interceptação telefônica, mas somente acesso a parte de seus registros, mais especificamente mensagens trocadas pelo proprietário do aparelho, notadamente via aplicativo WhatsApp.

Aliás, apenas depois de confirmada a suspeita da traficância, em decorrência de todos os elementos anteriormente declinados, é que se submeteu o aparelho telefônico ao laudo pericial de extração de evidências de fls. 92-95.

E conforme orienta o Supremo Tribunal Federal, "não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados" (HC n. 91.867, rei. Gilmar Mendes, j. 24.4.12).

Nessa perspectiva, convém ressaltar, ainda, que não se olvida da existência de controvérsia acerca do tema (STJ, RHC 51.531/RO, Rei. Ministro Nefi Cordeiro, j. 19.4.16); contudo, esta Quarta Câmara Criminal tem afastado a alegada ilicitude da prova, sobretudo em razão da inexistência de orientação definitiva, como visto, firmada nas Cortes Superiores.

[...]

Portanto, não se vislumbra qualquer nulidade a ser declarada.

Como se observa, houve acesso às conversas de whatsapp, sem ordem judicial, no momento da prisão em flagrante.

Superior Tribunal de Justiça

No caso, o Tribunal *a quo* concluiu que a conduta policial em acessar os dados do celular, sem autorização judicial, não configura ilegalidade, porquanto *era dever da autoridade policial realizar a apreensão de todo de qualquer objeto relacionado com a suposta infração penal* (fl. 1580), ressaltando também que *o procedimento adotado pelos policiais que realizaram a abordagem não consistiu em interceptação telefônica, mas somente acesso a parte de seus registros, mais especificamente mensagens trocadas pelo proprietário do aparelho, notadamente via aplicativo WhatsApp* (fl. 1581).

Contudo, é assegurado como garantia ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo se houver ordem judicial.

Em caso de comunicação telefônica, a Lei n. 9.294/96 regulamentou o tema:

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

[...]

Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A Lei n. 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve:

Art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

[...]

V - à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;

E a Lei 12.965/14, por sua vez, estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da *Internet* no Brasil, prevê que:

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

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

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;

Superior Tribunal de Justiça

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

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DILIGÊNCIAS PARA VERIFICAR O REGULAR CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Embora não sejam absolutas as restrições de acesso à privacidade e aos dados pessoais do cidadão, e mesmo considerado o interesse público no acompanhamento da execução penal, imprescindível é a qualquer decisão judicial a explicitação de seus motivos (art. 93, IX, da Constituição Federal).

2. Diligências invasivas de acesso a dados (bancários, telefônicos e de empresa de transporte aéreo) deferidas sem qualquer menção à necessidade e proporcionalidade dessas medidas investigatórias, não propriamente de crime, mas de regular cumprimento de pena imposta. Nulidade reconhecida.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1133877/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 157 DO CPP. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/1990. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DA PROVA. 2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Afigura-se decorrência lógica do respeito aos direitos à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF) a proibição de que a administração fazendária afaste, por autoridade própria, o sigilo bancário do contribuinte, especialmente se considerada sua posição de parte na relação jurídico-tributária, com interesse direto no resultado da fiscalização. Apenas o Judiciário, desinteressado que é na solução material da causa e, por assim dizer, órgão imparcial, está apto a efetuar a ponderação imprescindível entre o dever de sigilo - decorrente da privacidade e da intimidade asseguradas ao indivíduo, em geral, e ao contribuinte, em especial - e o também dever de preservação da ordem jurídica mediante a investigação de condutas a ela atentatórias.

2. Recurso especial a que se dá provimento para reconhecer a ilicitude da prova advinda da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, determinando-se que seja proferida nova sentença, afastada a referida prova ilícita e as eventualmente dela decorrentes.

(REsp 1361174/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 10/06/2014).

Superior Tribunal de Justiça

Na conversas mantidas pelo programa *Whatsapp*, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACESSO A DADOS DE APLICATIVO CELULAR 'WHATSAPP' SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE. NULIDADE DA PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS.

1. A extração de dados de aparelho celular sem autorização judicial viola o artigo 157 do Código de Processo Penal, devendo a prova ser desentranhada dos autos se da hipótese não se depreende qualquer fundamento que possa justificar a urgência, em caráter excepcional, do acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular.

2. O prévio trabalho investigativo das autoridades policiais, que culminou com a identificação do fato e de seus autores, bem assim como o indiciamento do recorrente, não resta contaminado pelo posterior acesso não autorizado aos dados do aparelho celular, bastando o desentranhamento dos autos dos documentos extraídos do aparelho celular e a supressão do parágrafo final dos depoimentos policiais, que fizeram referência ao conteúdo das conversas via whatsapp.

3. Recurso parcialmente provido.

(RHC 76.324/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017)

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

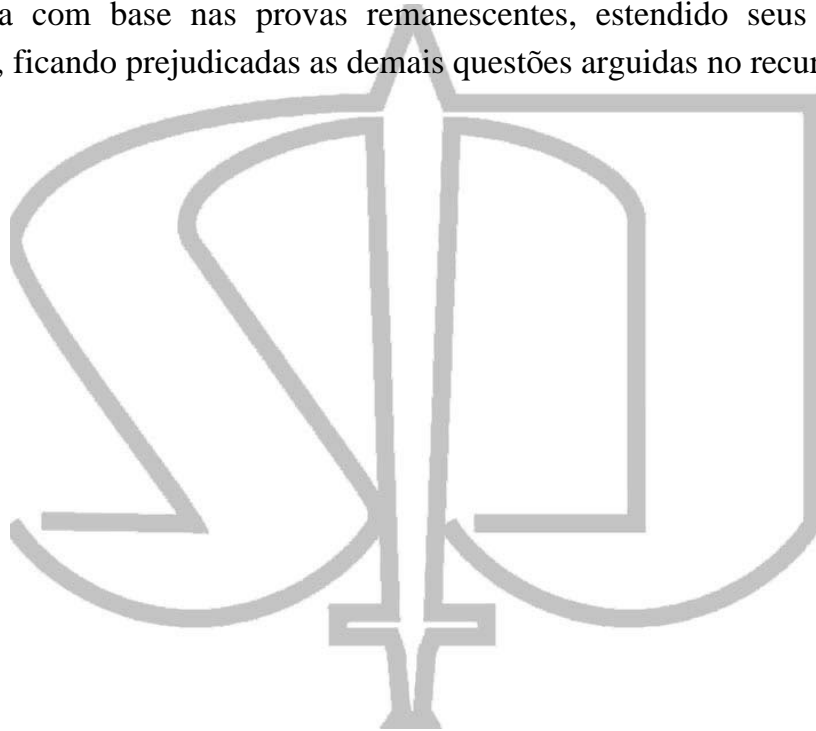
Superior Tribunal de Justiça

whatsapp obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial.

Considerando o reconhecimento da alegada nulidade, resta prejudicado o pleito referente à dosimetria da pena.

Calcando a decisão em questão de caráter objetivo, mister a extensão dos efeitos benéficos do julgado aos demais corréus atingidos pela decisão ora anulada, nos moldes do art. 580 do CPP.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso especial para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes, estendido seus efeitos aos demais corréus, ficando prejudicadas as demais questões arguidas no recurso especial.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2017/0252704-2

REsp 1.701.504 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002920620178240079 0000292062017824007950001 00004924720168240079
2920620178240079 292062017824007950001 4924720168240079

PAUTA: 20/02/2018

JULGADO: 27/02/2018
SEGREGADO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : F M (PRESO)
ADVOGADO : ROBERTO BITTERN COURT OLINGER - SC022283
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU : C B
CORRÉU : D V S
CORRÉU : R S R
CORRÉU : V I
CORRÉU : J C L
CORRÉU : C D DE O
CORRÉU : J M DE A C
CORRÉU : F M P
CORRÉU : M A G
COMTE : L H V
CORRÉU : I P A
CORRÉU : J P M
CORRÉU : J R DE S

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 provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.