RECURSO ESPECIAL Nº 1.795.119 - MG (2019/0034824-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE	:	DANIEL FELIPE TOLEDO (PRESO)
RECORRENTE	:	FLAVIO AUGUSTO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que negou provimento ao recurso de apelação.

Nas razões do especial, sustentam os recorrentes DANIEL FELIPE e FLÁVIO AUGUSTO violação dos arts. 157, § 1º e 155, parágrafo único, ambos do CPP, ao argumento de que:

> [...] não há como se dissociar a denúncia ou a decisão condenatória, considerando a ampla investigação efetivada após a perícia nos celulares, interligando os elementos probatórios, razão pela qual não se admite as provas ilícitas ou das mesmas derivadas.
> Destarte, é dever do magistrado, considerando-se a existência de prova ilícita, extraí-la dos autos, procedendo-se da mesma forma em relação às provas derivadas das consideradas ilícitas, em decisão fundamentada.
> Não se faculta ao magistrado permitir a permanência da prova considerada ilícita, com o simples argumento de que não a utilizará para a condenação.
> Determina a lei que as provas ilícitas e das mesmas derivadas dever ser desentranhadas do processo, de modo a se conferir segurança jurídica, bem como em observância ao contraditório e a ampla defesa.
> Não há margem de discricionariedade ao magistrado.
> [...]
> Consoante consignado, entendeu o egrégio TJMG pela prescindibilidade da certidão de nascimento para fins de configuração da causa especial de aumento de pena insculpida no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, sendo suficiente a qualificação do menor no Boletim de Ocorrência.
> Com efeito, não há que se permitir considerável elasticidade no que pertine à comprovação da idade do menor.
> Considerando-se que a prova documental irá recrudescer a reprimenda, parece-nos deva revestir-se de um mínimo de formalidade, de modo a se conferir segurança ao julgador.
> Entendemos, pois, necessária a certidão de nascimento, para fins de configuração do delito de corrupção de menores, nos moldes do preceituado no art. 155, § único, do CPP (fls. 850/855).

Requerem o provimento do recurso para que seja reconhecida a ilicitude da prova mediante o desentranhamento dos autos da prova ilícita e dela provenientes, procedendo-se à prolação de nova sentença, bem como ao

decote da majorante do art. 40, VI, da Lei 11.343/06.

Contraarrazoado e admitido na origem o recurso, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

O recorrente FLÁVIO AUGUSTO foi condenado às penas de 8 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.283 dias-multa, como incurso no art. 33, c/c art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, e no art. 55 da Lei 11.343/06, na forma do art. 69 do CP; e o recorrente DANIEL FELIPE às penas de 10 anos, 3 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.496 dias-multa, como incurso no art. 33, c/c art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, e no art. 55 da Lei 11.343/06, na forma do art. 69 do CP (fls. 607/608).

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa.

Acerca da nulidade da prova, o voto condutor assim referiu (fls. 808/812):

> PRELIMINAR DE ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS: AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO AOS DADOS TELEFÔNICOS:
>
> Suscitam as defesas de Flávio Augusto da Silva e Daniel Felipe Toledo preliminar de ilicitude das provas produzidas, posto que a perícia no aparelho celular dos acusados foi realizada sem prévia autorização judicial, sendo, portanto, necessário o desentranhamento do documento de f. 06-25 e a anulação dos demais atos processuais.
>
> Salientam que, "em sendo a interceptação telefônica e todas as demais provas derivadas desta, é de rigor, todas sejam consideradas como contaminadas pela ilicitude inicial", segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada.
>
> Todavia, razão não lhes assiste.
>
> Compulsando os autos, verifica-se que a abordagem dos acusados foi motivada após investigações policiais constatarem o envolvimento de todos no tráfico de drogas, de modo associado e em conjunto com um menor infrator.
>
> Consta que o aparelho celular do corréu Lauro foi apreendido no momento em que ele foi preso em flagrante na posse de 03 (três) pedras de crack e conduzido até a delegacia de polícia. Na ocasião, o celular foi "submetido a exame pericial e ao analisar o laudo confeccionado foi constatado mensagens do aplicativo Whatsapp indicativas da prática de tráfico por parte de Lauro" (fl.03).
>
> Segundo relatório emitido:
>
> (...)
>
> Assim, de posse do mencionado aparelho celular, os policiais militares visualizaram as mensagens que estavam registradas, o que está expressamente autorizado nos termos do art. 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal, segundo o qual cabe à autoridade policial apreender todos os

> objetos que tiveram relação com o fato e coletar as provas que servirem para esclarecimento do fato e suas circunstâncias.
> Ora, é evidente que aparelhos celulares são costumeiramente relacionados como instrumentos de crime, posto que utilizados por traficantes para negociações da venda de drogas, sendo plenamente cabível a sua apreensão.
> Em relação ao acesso aos dados nele constantes, ressalto que somente foram averiguadas as mensagens recebidas pelo corréu Lauro que estavam registradas no próprio aparelho, o que se distingue do procedimento da quebra de sigilo telefônico que, por sua vez, demanda autorização judicial.
> (...)
> Importante destacar que, segundo orientação da jurisprudência, a Lei 9.296/96 dispõe especificamente sobre a proteção ao fluxo das comunicações em sistemas de informática e telemática, existindo substancial diferença entre a fluência da comunicação, isto é, em andamento, daquilo que corresponde aos dados obtidos como consequência desse diálogo, o armazenamento.
> Optou-se, então, no que diz respeito aos sistemas de informática e telemática, em proteger o curso da conversa desenvolvida pelos interlocutores e não o que se armazenou, pois cada interlocutor pode excluir a informação trocada com outrem quando bem quiser, ao seu livre arbítrio.
> Assim, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular não se subordina aos ditames da Lei 9.296/96.
> (...)
> **De toda forma, esclareço que, ao fundamentar a decisão condenatória, o d. magistrado utilizou-se de provas concretas para a condenação dos acusados, tendo sido evidenciado que já estavam em curso outras investigações com o fim de apurar fatos correlatos envolvendo os mesmos acusados, inclusive diante das interceptações telefônicas já em curso e previamente autorizadas, conforme autos em apenso.**
> **Portanto, ausente qualquer prejuízo aos apelantes e corréu, incabível o reconhecimento da ilicitude das provas produzidas e, por conseguinte, a decretação da nulidade dos atos processuais derivados**.
> Ressalto, por fim, que eventuais falhas no procedimento inquisitorial, meramente informativo, não viciam a ação penal dele resultante, vez que o inquérito serve apenas como elemento de convicção da acusação para o oferecimento da denúncia, ficando reservada a ponderação de tais provas quando da análise do mérito da ação.

Com efeito, *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).

Contudo, no caso dos autos, o Tribunal de origem manteve a condenação dos recorrentes com base em outros elementos de prova.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos extraídos do voto condutor do acórdão recorrido, *in verbis*:

> **De toda forma, esclareço que, ao fundamentar a decisão condenatória, o d. magistrado utilizou-se de provas concretas para a condenação dos acusados, tendo sido evidenciado que já estavam em curso outras investigações com o fim de apurar fatos correlatos envolvendo os mesmos acusados, inclusive diante das interceptações telefônicas já em curso e previamente autorizadas, conforme autos em apenso.**
> Portanto, ausente qualquer prejuízo aos apelantes e corréu, incabível o reconhecimento da ilicitude das provas produzidas e, por conseguinte, a decretação da nulidade dos atos processuais derivados.

Verifica-se, assim, que o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, firmada no sentido de que, ***ainda que se considere nula a prova obtida por meio da apreensão dos celulares, tal constatação não tem o condão de afastar a condenação do recorrente que encontrou amparo em outros elementos de prova não decorrentes dos dados obtidos por meio da perícia realizada no celular do acusado*** (REsp 1727266/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018).

Impõe-se, portanto, a manutenção do acórdão recorrido, incidindo, no ponto, o óbice contido na Súmula 83/STJ – também aplicável aos recursos interpostos com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional.

No que diz respeito à alegação de necessidade da certidão de nascimento para fins de configuração do crime de corrupção de menores, o voto condutor do acórdão recorrido consigna (fls. 830/831):

> Além do mais, embora não tenham sido juntadas aos autos certidão de nascimento ou cópia da carteira de identidade do adolescente infrator, é certo que a idade do menor encontra-se comprovada por meio do termo de informação de f. 61-63 e boletins de ocorrência de f. 176-179 e f. 180-183, documentos esses dotados de fé pública e, portanto, idôneos à comprovação da sua idade.
> Sobre o tema, necessário trazer a lume o teor do enunciado da Súmula 74, do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, "para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil".
> (...)
> No caso dos autos, comprovado que o menor infrator nasceu no dia 20 de setembro de 1999 e que, por essa razão, tinha menos de 18 (dezoito) anos à época dos fatos (15 de fevereiro de 2014) e, ausentes informações divergentes quanto à data de seu nascimento, configurada está a causa

especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06.

Acerca da questão a Súmula 74/STJ dispõe que: *para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil*, o qual não se restringe, todavia, à certidão de nascimento, podendo ser comprovada a idade por outros documentos dotados de fé pública.

Na hipótese dos autos, o Tribunal *a quo* reconhece a existência de documentos firmados por agentes públicos atestando a menoridade do agente envolvido no delito, e conclui pela desnecessidade da juntada de certidão de nascimento, entendimento em consonância, portanto, com a jurisprudência firmada por esta Corte.

Nesse mesmo sentido os seguintes precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE. DOCUMENTO DO REGISTRO CIVIL. INEXIGIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO POR OUTROS DOCUMENTOS IDÔNEOS E DOTADOS DE FÉ PÚBLICA.
>
> 1. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é inexigível a apresentação de documento de registro civil como prova da idade do menor envolvido na prática do delito quando esta puder ser aferida por quaisquer outros documentos idôneos, também dotados de fé pública.
>
> 2. O auto de apreensão em flagrante de ato infracional e o boletim de ocorrência, que são documentos dotados de fé pública e fazem expressa referência à data de nascimento da menor, constituem meios idôneos para o reconhecimento da menoridade.
>
> 3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1730655/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018).
>
> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXISTÊNCIA DE DOCUMENTO HÁBIL PARA COMPROVAR A CORRUPÇÃO DE MENORES. DOCUMENTOS OFICIAIS DOTADOS DE FÉ PÚBLICA. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESCINDIBILIDADE. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. TERMO DE RESTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO
>
> 1. Firmou-se nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual se entende como documento hábil para a comprovação do crime de corrupção de menores aqueles dotados de fé pública, sendo prescindível a apresentação da certidão de nascimento. Precedentes.
>
> 2. Na espécie, o boletim de ocorrência, o auto de apreensão, o termo de restituição e o auto de reconhecimento são documentos hábeis para comprovar a menoridade, pois dotados de fé pública contendo, assim, presunção de veracidade.
>
> 3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1658446/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018,

DJe 02/05/2018).

Outrossim, incide, no ponto, o óbice contido na Súmula 83/STJ – também aplicável aos recursos interpostos com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional.

Desse modo, não merece reforma o acórdão recorrido, pois em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator