HABEAS CORPUS Nº 479.444 - MG (2018/0305813-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	WASLEY CESAR DE VASCONCELOS
ADVOGADO	:	WASLEY CÉSAR DE VASCONCELOS - MG121939
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	ALVARO FERNANDES DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PECULATO, CONCUSSÃO, PREVARICAÇÃO. CRIMES MILITARES. ACESSO A MENSAGENS CONTIDAS EM APARELHO CELULAR, POR OCASIÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DETERMINAR QUE O TRIBUNAL *A QUO* APRECIE O MÉRITO DO *WRIT* ORIGINÁRIO *INCONTINENTI*, COMO ENTENDER DE DIREITO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ÁLVARO FERNANDES DE OLIVEIRA contra acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (HC n.º 5000238-83.2018.9.13.0000).

Consta nos autos que o Paciente, preso em flagrante no dia 07/11/2016, foi denunciado como incurso nos arts. 303 (peculato), 305 (concussão), 308 e 319 (prevaricação), todos do Código Penal Militar. A denúncia foi recebida pela 1ª Auditoria da Justiça Militar Estadual em 10/2/2017 (fls. 924). A Defesa do Paciente instaurou incidente de ilicitude de provas, cujo pedido foi indeferido pelo Magistrado singular.

Irresignada, a Defesa impetrou *habeas corpus* na Corte militar estadual, que denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa (fl. 968):

> "HABEAS CORPUS – *ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DE PROVAS – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DO PACIENTE – EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – ORDEM DENEGADA*."

Nas razões deste *writ*, o Impetrante sustenta que:

> *"a Polícia Civil de Minas Gerais, de posse do aparelho celular do paciente,* ***e sem qualquer autorização Judicial, realizou uma devassa no aparelho telefônico pessoal de Álvaro, buscando imagens, áudios,***

vídeos e conversas do aplicativo Whatsapp, confeccionando para tanto, RELATÓRIO DE ANÁLISE DE CONTEÚDO" (fl. 7).

A esse respeito, o Impetrante destaca que, embora o Magistrado singular tenha posteriormente autorizado, em 19/12/2016, uma medida cautelar de busca e apreensão em desfavor do Paciente, o aparelho celular do Paciente foi apreendido e acessado pelos agentes policiais desde a prisão em flagrante, ocorrida em 7/11/2016. Desse modo, "***no momento em que se exauriu a manipulação dos dados no aparelho de celular do paciente, não havia prévia e fundamentada autorização judicial, sendo a prova obtida por meio ilícito***" (fl. 11).

Assevera, ainda, que "*a análise dos dados armazenados no aparelho do paciente, revela manifesta violação da garantia constitucional à intimidade e à vida privada, razão pela qual se revela imprescindível autorização judicial devidamente motivada, o que sequer foi requerido pelas autoridades policiais*" (fl. 15).

Por fim, aduz que "***devido à patente ilicitude da prova colacionada aos autos, produzidas de forma ilícita pela PCMG, todas as decisões posteriores são nulas de pleno direito, eis que contaminadas pela prova ilícita e em violação às garantias fundamentais do paciente, inclusive a instauração do IPM e oferecimento de denúncia***" (fl. 20).

Pleiteia, liminarmente, o sobrestamento da ação penal e, no mérito, "*seja a ordem concedida definitivamente para declarar ilícita a prova colhida no celular do paciente sem prévia autorização judicial, bem como todas as dela derivadas*" (fl. 22).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 985-988.

As informações foram prestadas às fls. 993-1.010.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, "*para que a Corte de origem aprecie o mérito do* habeas corpus *originário, à luz do caso concreto, como entender de direito*" (fl. 1.015).

É o relatório.

Decido.

No caso dos autos, o Tribunal de origem não examinou o suposto constrangimento ilegal apontado pelo Impetrante – acesso a mensagens contidas em aparelho celular, por ocasião da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial – ao considerar que "*a via estreita do presente remédio constitucional não é adequada para o debate acerca da ilicitude da prova, por demandar exame aprofundado do conjunto*

fático probatório" (fl. 974).

Tal fato inviabiliza a prematura apreciação da matéria por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Com efeito, ao contrário do concebido pela Corte local, não há inadequação da via eleita, devendo o órgão jurisdicional, aliás, verificar eventual existência de ilegalidade flagrante. A propósito, não demanda aprofundado reexame de provas a análise da alegação defensiva de que "*a decisão que determinou a busca e apreensão, foi proferida em data de 19 de dezembro de 2016, e portanto, após a coleta da prova ilícita realizada no ato da prisão em flagrante ocorrida em 07 de novembro de 2016*" (fl. 10).

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

> "*EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE APRESENTADO DENTRO DO QUINQUÍDIO LEGAL. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LESÃO CORPORAL. LESÃO CORPORAL GRAVE. DEFORMIDADE PERMANENTE. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO FUNDAMENTADO. DESCRIÇÃO DA CONDUTA DE CADA ACUSADO. PROVAS COLHIDAS NA ESFERA POLICIAL E NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DETRAÇÃO. TEMPO DE PRISÃO INSUFICIENTE PARA A ALTERAÇÃO DO REGIME FIXADO. JUNTADA DA CÓPIA DO ACÓRDÃO PROLATADO NA ORIGEM. NULIDADES. TEMAS NÃO APRECIADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ANÁLISE DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.* [...]
>
> *5. Com a juntada aos autos da cópia do acórdão prolatado na origem,* ***é possível a apreciação das questões referentes às nulidades processuais alegadas pelo impetrante, porém essas matérias não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, que não conheceu do*** **writ** ***por inadequação da via eleita, motivo pelo qual não poderão ser conhecidas diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.***
>
> *6. Como o* writ *não foi conhecido na origem apenas em razão de ter sido impetrado como substitutivo de revisão criminal, verifica-se a ocorrência de* ***ilegalidade por falta de prestação jurisdicional, por ser possível a verificação pela Corte local sobre a existência de ilegalidade flagrante, caso em que deverá conceder*** **habeas corpus** ***de ofício, a teor do disposto no art. 654, § 2º, do CPP.***

> *7. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá parcial provimento, para determinar que o Tribunal de origem aprecie o mérito do* writ *originário (HC n. 0008122-47.2016.8.08.0000/ES).*"
>
> (EDcl no HC 407.709/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 18/02/2019; sem grifos no original.)

> "*PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM* HABEAS CORPUS. *1. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS QUALIFICADORAS.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2.* WRIT *CONSIDERADO SUCEDÂNEO RECURSAL. NECESSIDADE DE EXAME DE EVENTUAL ILEGALIDADE NA ORIGEM. 3. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR O EXAME DE MÉRITO DO* WRIT *PELO TJSP.*
>
> *1. Pretende o recorrente, por meio do presente recurso em* habeas corpus*, a nulidade decisão de pronúncia, por violação ao princípio constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Contudo, verifica-se que o Tribunal de origem não chegou a enfrentar o tema, por entender não ser o* mandamus *cabível no caso, uma vez que foi apresentado como substitutivo do recurso próprio. Constatada a ausência de exame pelo Tribunal* a quo*, fica esta Corte impedida de se manifestar sobre a matéria apresentada no presente recurso, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.*
>
> ***2. Não há impedimento, entretanto, no reconhecimento do constrangimento ilegal imposto ao recorrente pelo fato de o Tribunal de origem não ter conhecido do* writ *lá impetrado. Não obstante ser cediço que o* mandamus *não pode ser utilizado como sucedâneo recursal, tem-se que não se pode deixar de analisar eventual existência de constrangimento ilegal, haja vista a possibilidade de concessão da ordem de ofício.***
>
> *3. Recurso em* habeas corpus *provido, para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o exame do* Habeas Corpus *n. 2132729-68.2014.8.26.000 lá impetrado, verificando a existência de eventual constrangimento ilegal, como entender de direito.*" (RHC 57.062/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016; sem grifos no original.)

O Ministério Público Federal apresentou parecer no mesmo sentido (fl. 1.014): "[...] *afigura-se necessário que o Tribunal de origem analise todo o mérito da impetração originária, à luz do caso em concreto, como entender de direito, sendo* ***inviável apenas menção genérica ao caso concreto no sentido de que não há ilegalidade e não foi utilizada a via adequada***".

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Todavia, CONCEDO a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais aprecie o mérito do HC n.º 5000238-83.2018.9.13.0000, decidindo como entender de direito.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora