PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 2.130 - SP (2019/0167487-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
REQUERENTE	:	ARMANDO MELLÃO NETO
ADVOGADOS	:	LUIZ AUGUSTO SARTORI DE CASTRO - SP273157
		LEONARDO LEAL PERET ANTUNES - SP257433
		ÁTILA PIMENTA COELHO MACHADO - SP270981
		PAULA NUNES MAMEDE ROSA - SP309696
REQUERIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de pedido de tutela de urgência apresentado por **ARMANDO MELLÃO NETO,** em face do v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, no **habeas corpus n. 2070998-95.2019.8.26.0000,** assim ementado (fls. 184-190):

> *"HABEAS CORPUS. Insurgência diante da decisão denegatória de Habeas Corpus em primeiro grau. Decisório que desafia a interposição de recurso em sentido estrito (artigo 581, X, do CPP). Impossibilidade de se utilizar a via mandamental como sucedâneo da medida recursal cabível à espécie. Ausência de situação excepcional apta a justificar a concessão de medida de ofício em favor do paciente. Constrangimento ilegal não evidenciado de plano. Ordem não conhecida, com considerações em tese decorrentes da matéria ventilada."*

Daí a presente petição, na qual a d. Defesa narra que já interpôs o recurso ordinário respectivo, mas ainda se encontra com vista para contrarrazões na origem.

Relata que o paciente está sendo investigado por crime de estelionato (Inquérito n. 1504867-79.2018.8.26.0050 e Boletim de Ocorrência n. 275/2018).

No histórico do mencionado Boletim, constaria que o peticionante foi preso por mandado de prisão expedido nos autos n. 0001335-77.2004.4.03.6181, da 4ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP.

No ato, houve a apreensão do telefone celular do peticionante.

Intimada a prestar declarações, a esposa do peticionante, supostamente, foi surpreendida com a apresentação de diversas fotografias de eventuais trocas de mensagens entre ela e o peticionante. Isso teria sido a razão de uma sequência de perguntas que foram realizadas àquela pela autoridade policial, contudo, não respondidas.

Aduz constrangimento ilegal, pela nulidade da prova obtida sem a respectiva autorização judicial, o que fere a inviolabilidade de dados e de comunicações telefônicas.

Afirma que não houve consentimento do peticionante para acesso ao seu celular, nem mesmo a respectiva ordem judicial, e que não caberia pedir esta autorização ao d. Juízo agora, após a devassa já realizada no aparelho telefônico.

Requer, inclusive LIMINARMENTE, *"a concessão tutela provisória para obstar a quebra do sigilo das informações telefônicas, telemáticas e dos aplicativos instalados no aparelho até o julgamento final do Recurso Ordinário Constitucional, com isso impedindo-se a utilização indevida do conteúdo do celular apreendido"* (fls. 18-19).

É o relatório.

Decido.

Para delimitar a **quaestio**, transcrevo trechos do v. acórdão na parte em que analisou o mérito da impetração (fls. 184-190):

"No caso, a Defesa do paciente impetrou habeas corpus em primeiro grau questionando suposta utilização indevida de dados telemáticos armazenados no citado celular, sem permissão do paciente ou determinação judicial voltada à quebra de sigilo de dados, tudo a indicar constrangimento ilegal por parte da autoridade policial, no inquérito policial sob o nº. 1504867-79.2018.8.26.0050 (destinado à apuração da prática, em tese, do crime de estelionato).

Prestadas as informações pelo Delegado de Polícia (fls. 91/96), a juíza singular denegou a ordem pleiteada (fls. 136/139), decisório agora vergastado pela via mandamental.

[...]

Por outro lado, não se constata constrangimento ilegal flagrante apto a ensejar reforma "automática" da sentença, em primeiro lugar porque a

apreensão do aparelho celular, diante dos indícios de prática de estelionato, decorre de atribuição expressamente conferida à autoridade policial para arrecadação de elementos potencialmente necessários à elucidação dos fatos ("ex vi" do artigo 6º, II e III, do Código de Processo Penal), daí não se cogitar da aventada irregularidade diante da constrição imposta ao bem de titularidade do paciente.

Ademais, informou a autoridade policial ter o próprio paciente fornecido a senha de acesso ao aparelho telefônico, de sorte a exibir o conteúdo das conversas mantidas com os indivíduos que o acompanhavam no momento da prisão (Josuel Supliano e Julio Henrique Vilas Boas), com o propósito de embasar a negativa de participação no esquema fraudulento, bem como a versão de que vinha sofrendo "ameaças de terceiros".

Anotou o Delegado, finalmente, que, mesmo dispondo da senha de acesso ao telefone, em nenhum momento utilizou os dados ali armazenados para obter novas provas ou direcionar a coleta dos depoimentos dos demais investigados e supostas vítimas das fraudes, a par de não haver exibido registros de conversas realizadas via aplicativo "Whatsapp" para, de qualquer forma, interpelar a mulher do paciente.

Neste tom, destacou, "Diferentemente do que consta na petição de Habeas Corpus, mesmo não tendo havido qualquer indagação sobre conversas existentes e autorizadas pelo paciente a serem visualizadas, o impetrante ATILA PIMENTA COELHO MACHADO fez com que constasse ao final (do termo de depoimento) que a mesma (Érica Cristina de Moraes Mellão, mulher do paciente) não manifestaria sobre informações ali contidas" (fls. 94).

E, de fato, afora a alusão ao aparelho celular no termo de depoimento a fls. 82 (em que apenas consta recusa da mulher em depor a respeito de eventuais mensagens nele armazenadas), ***não logrou a Defesa apontar eventual elemento de prova obtido a partir da utilização indevida de dados atinentes a registros telefônicos ou aplicativos de celular****.*

Diante de tal quadro, não se constata teratologia ou ilegalidade flagrante diante da decisão que denegou a ordem de "habeas corpus" tendente à vedação da utilização de dados e restituição do aparelho celular do paciente, mesmo porque não descartada a possibilidade de futura realização de perícia judicialmente autorizada sobre o telefone, caso demonstrada a pertinência da medida para a conclusão da etapa instrutória.

A propósito, breve consulta ao banco de dados deste Egrégio Tribunal de Justiça (sistema SAJ) permite constatar que, com o avanço das investigações, o Delegado de Polícia ofertou representação pela quebra do sigilo de dados, ainda pendente de apreciação pelo MM. Juízo do DIPO que, então, poderá melhor avaliar a adequação da prova técnica e aproveitamento das informações armazenadas no dispositivo, não havendo se cogitar, neste momento incipiente da persecução, de hipotética ilicitude de provas eventualmente obtidas por derivação". (grifei)

Conforme se apreende do v. acórdão, assim como da leitura da petição inicial, embora a d. Defesa afirme que o celular foi devassado, não existem provas de que, de fato, ele realmente tenha sido, além de simplesmente apreendido, o que, aliás, aconteceu enquanto provável prova do(s) crime(s) praticado(s).

Nesse sentido: *"O artigo 6º do Código de Processo Penal dispõe que a autoridade policial tem o dever de 'apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais' (inciso II), de 'colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias' (inciso III), e de 'determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias' (inciso VII), de modo que, apreendidos 3 (três) aparelhos de celular com os pacientes quando do flagrante e constatando-se que possuem ligação com os fatos, o procedimento cabível foi exatamente o adotado na espécie, qual seja, apreensão e requisição de acesso ao seu conteúdo, o que foi fudamentadamente deferido pelo magistrado competente"* (RHC 100.922/SP, **Quinta Turma,** Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 01/02/2019).

No que tange à declaração no depoimento da esposa do peticionante (ÉRICA CRISTINA DE MORAES MELLÃO: *"Sobre o contido em mensagens do celular apreendido do investigado ARMANDO MELLÃO a declarante manifesta o desejo de permanecer calado por orientação da defesa"* - fl. 102) e da declaração de próprio punho à fl. 155, à míngua de demais provas, ao menos nesta análise em pedido de tutela de urgência, não vislumbro o **fumus boni iuris.**

No mais, no caso concreto, o eg. Tribunal **a quo** bem analisou a situação aqui posta, fundamentando-a, aparentemente, de maneira adequada e suficiente, principalmente quando declarou que *"não logrou a Defesa apontar eventual elemento de prova obtido a partir da utilização indevida de dados atinentes a registros telefônicos ou aplicativos de celular".*

Além disso, saliente-se que o trancamento de investigações ou de ações penais é medida excepcional, em especial, quando **requer amplo revolvimento fático-probatório**, já que não comprovada, de pronto, a ilegalidade.

Aqui, julgados deste eg. Tribunal Superior:

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME TRIBUTÁRIO. DELITO SOCIETÁRIO. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO DAS CONDUTAS INDIVIDUALIZADAS. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DECISÃO QUE RECEBEU A PEÇA ACUSATÓRIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO EXAURIENTE. ALEGADAS NULIDADES. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE 24. RECURSO DESPROVIDO. [...]

2. Se as instâncias ordinárias reconheceram, de forma motivada, que existem elementos de convicção a demonstrar a materialidade delitiva e autoria delitiva quanto à conduta descrita na peça acusatória, ***para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do writ.***

[...] 9. Recurso desprovido" (RHC n. 85.177/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 25/04/2018, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. DECISÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTOS. QUESTÃO NÃO DECIDIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO CONHECIMENTO SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONTRABANDO NA REDAÇÃO ANTERIOR DO ART. 334 DO CÓDIGO PENAL E RECEPTAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E TRANCAMENTO POR ATIPICIDADE. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES CONEXOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 122. SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO. APREENSÃO DO LIVRO RARO NAQUELE TERRITÓRIO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. [...]

2. Devidamente descritos os fatos delituosos (indícios de autoria e materialidade), não há falar em inépcia da denúncia.

3. O habeas corpus não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta de justa causa (atipicidade), não relevada, primo oculi. ***Intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do writ.***

[...] 5. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão,

não provido" (RHC n. 81.354/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 11/05/2018, grifei).

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 298, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.

1. O trancamento do processo, no âmbito de habeas corpus, é medida excepcional, somente cabível quando demonstrada a absoluta ausência de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria (falta de justa causa), a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade.

2. O pretenso reconhecimento de inexistência de justa causa para o prosseguimento da ação penal - com fundamento na ausência de indícios de materialidade e autoria - ***demandaria o exame das provas eventualmente colhidas ao longo da instrução criminal, o que é inviável na via estreita da ação constitucional.***

3. Recurso em habeas corpus não provido" (RHC n. 71.287/PA, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 28/11/2017, grifei).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea "b", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **indefiro o pedido de tutela antecipada.**

P. I.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator