

HABEAS CORPUS Nº 513.816 - SP (2019/0160815-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MAIRA FERREIRA DIAS - SP330196
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE MIRANDA AMARO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE MIRANDA AMARO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação n.º 0049214-82.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, pela prática do ilícito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, pois foi "*surpreendido por policiais militares quando mantinha em depósito [...], seis 'tijolos' da substância entorpecente conhecida por maconha, com peso total de 225,8 gramas*". O Juízo sentenciante substituiu a reprimenda corporal por duas restritivas de direitos (prestação pecuniária e de serviços à comunidade), conforme se apura das fls. 24-29.

O Tribunal estadual negou provimento ao apelo defensivo, em acórdão assim ementado (fl. 32):

"Preliminarmente - O fato dos milicianos terem lido mensagens no celular do réu, não implica em nulidade da prova, especialmente porque referido aparelho sequer foi apreendido.

Art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 - Materialidade delitiva e autoria demonstradas - A forma como ocorreu a apreensão impede a desclassificação para a figura do art. 28 da Lei.

Prova - Palavras de Servidores Públicos - Validade - Inexistência de motivos para incriminarem o réu injustamente.

Penas corretamente fixadas.

O regime prisional é o fechado.

Preliminar rejeitada, recurso não provido."

Neste *writ*, a Parte Impetrante alega, em suma, que "*toda a prova produzida no presente processo, obtida por meio de comunicações telefônica e sem ordem judicial, é ilícita, não podendo, portanto, ser utilizada para fins de condenação*"

(fl. 06).

Requer, em medida liminar e no mérito, o reconhecimento da ilicitude da prova decorrente da violação das comunicações telefônicas que levou à apuração do crime de tráfico e, conseqüentemente, à anulação do feito.

É o relatório inicial. Decido o pedido urgente.

Em juízo de cognição sumária, observo que estão preenchidos os requisitos para a concessão da liminar pleiteada.

Verifico que o Ministério Público consignou na denúncia, *in verbis* (fl.

"[...] os Policiais Militares [...] e [...], permaneciam em patrulhamento de rotina pela aludida via pública quando, presenciaram o denunciado, defronte a sua residência que, ao constatar a aproximação dos policiais, demonstrou encontrar-se nervoso e assim, os policiais suspeitaram e resolveram proceder a abordagem de e rotina. Na revista pessoal apreenderam a quantia de R\$60,00 em espécie, bem como constataram que, no aparelho celular do denunciado existiam mensagens e ligações telefônicas envolvendo o narcotráfico. O denunciado findou em admitir o tráfico de entorpecentes naquele local e que a substância entorpecente encontrava-se no interior da moradia. Franqueou o ingresso e os policiais lograram em apreender em seu quarto, os seis 'tijolos' de 'maconha'. Bem como, o denunciado admitiu que o numerário apreendido era proveniente do tráfico de entorpecente" (fls. 21-22; sem grifos no original).

O Juízo sentenciante afastou a preliminar defensiva de reconhecimento da ilicitude do flagrante, com base nos seguintes fundamentos (fl. 25; sem grifos no original):

"Em relação a preliminar argüida pela defesa quanto ao direito de sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas sem ordem judicial, não merece prosperar a argumentação uma vez que a busca pessoal foi realizada com fundada suspeita. Ademais o próprio réu quando abordado e depois em juízo, confessou o armazenamento da droga em sua residência, onde os policiais, acompanhados dos familiares do réu, puderam realmente constatar a sua existência (ainda que em juízo afirmasse que aquela grande quantidade de droga era para o seu próprio uso).

Sabe-se também que nenhum direito é absoluto, ainda mais quando em atitude suspeita o acusado é abordado por policiais que tem o direito de revistá-lo pessoalmente e exigir os documentos pessoais. Esta revista pessoal abarca também os dados de informática e comunicações telefônicas que carregar consigo. Seria o mesmo que encontrarem no interior de uma mochila, que o réu pudesse estar portando, um caderno com anotações. Claro que aquelas diligencias abarcariam a análise

deste caderno e, da mesma forma, o celular.

Como se vê, nos autos, não houve interceptação do fluxo de comunicações, mas apenas se atentou, no momento da busca pessoal, para os registros que ali estavam das comunicações, no qual conduziram os policiais ao encontro de grande quantidade de entorpecente com o réu.

Assim, não há nenhuma ilegalidade na conduta dos policiais."

O **Tribunal estadual**, ao negar provimento ao apelo defensivo, corroborou o entendimento do Magistrado de primeiro grau, registrando que *"o fato dos milicianos terem lido as mensagens existentes no celular do réu não implica em nulidade de prova, uma vez que não há como se confundir o sigilo telefônico com os dados obtidos após a leitura de mensagens, feita no respectivo aparelho, que sequer foi apreendido e cujo teor é desconhecido"* (fl. 33; sem grifos no original).

Verifico, assim, que tal posicionamento parece destoar da jurisprudência desta Corte:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS (CONVERSAS DE WHATSAPP). VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp).

2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do investigado, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ.

3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos, exame que será feito pelo Juízo de 1º Grau." (RHC 101.585/MG, Rel. Ministro REYNALDO

SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26/10/2018; sem grifos no original.)

"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, DJe 09/05/2016; sem grifos no original.)

"PROCESSO PENAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PROVAS EXTRAÍDAS DO APARELHO DE TELEFONIA MÓVEL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO TELEFÔNICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL NÃO EVIDENCIADAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO APLICÁVEL. LEI PENAL EM BRANCO HETERÓLOGA. SUBSTÂNCIA PSICOTRÓPICA ELENCADE NA PORTARIA 344/98 DA ANVISA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. Embora seja despicienda ordem judicial para a apreensão dos celulares, pois os réus encontravam-se em situação de flagrância, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática. Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública. Precedente.

3. O art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do sigilo telefônico, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais, devendo a mitigação de tal preceito, para fins de investigação ou instrução criminal, ser precedida de autorização judicial, em decisão motivada e emanada por juízo

competente (Teoria do Juízo Aparente), sob pena de nulidade. Além disso, somente é admitida a quebra do sigilo quando houve indício razoável da autoria ou participação em infração penal; se a prova não puder ser obtida por outro meio disponível, em atendimento ao princípio da proibição de excesso; e se o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

[...]

9. *Recurso parcialmente provido, tão somente para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos. (RHC 67.379/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 09/11/2016, sem grifos no original.)*

Ante o exposto, DEFIRO EM PARTE o pedido liminar para, até o julgamento definitivo do *writ*, suspender o trâmite da ação penal n.º 0049214-82.2015.8.26.0050.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juiz de primeiro grau, encaminhado-lhes cópia desta decisão para as providências cabíveis, requisitando-lhes, também, informações **pormenorizadas** acerca das alegações deduzidas.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora