RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.791 - SP (2018/0210618-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	T DE M L
ADVOGADOS	:	SIDERLEY GODOY JUNIOR E OUTRO(S) - SP133107 RENATO BENTO BARBOSA - SP282231
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 157 DO CPP. NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO AOS ARQUIVOS E DADOS CONTIDOS NO APARELHO CELULAR. ART. 7º, III, DA LEI N. 12.965/2014. PROVA ILÍCITA. EXCLUSÃO. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REJULGAMENTO DAS APELAÇÕES. PREJUDICADA A ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES.
Recurso especial parcialmente provido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **T de M L**, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido na Apelação n. 0000036-56.2016.8.26.0592.

Consta dos autos que a recorrente, denunciada juntamente com outros corréus pela suposta prática dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico de drogas (transporte para fins de entrega a consumo de terceiros de 204,870g de maconha), foi, após regular instrução criminal, condenada como incursa no art. 33, *caput*, e art. 35, todos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, à pena de 9 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.249 dias-multa (fls. 704/733).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso da ora recorrente, apenas para determinar a restituição de parte do valor apreendido nos autos, mantendo, no mais, a sentença condenatória. O acórdão foi assim ementado (fl. 906):

> Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico - Preliminar - Nulidade não configurada - Rejeição - Recursos defensivos - Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento dos crimes - Absolvição - Impossibilidade - Desclassificação da conduta - Inviabilidade - Penas motivadamente dosadas,

> necessárias e suficientes para reprovação e prevenção dos delitos - Restituição de parte do numerário apreendido - Viabilidade, diante da comprovação da origem lícita - Sentença reformada nesta extensão - Recursos das corrés M e J desprovidos, com provimento parcial do reclamo de T.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 1.017/1.027).

Nas razões recursais, aponta a defesa, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 157 do Código de Processo Penal, 33, § 4º, e 35 da Lei n. 11.343/2006. Sustenta, de início, a nulidade do feito, em razão da ilicitude da prova dos autos, obtida no aparelho celular e sem prévia autorização judicial (fls. 1.043/1.052).

Argumenta, em seguida, que não houve comprovação do vínculo estável e permanente, para fins de caracterização da conduta prevista no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 1.052/1.061).

Defende a aplicação, no caso, da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista a inexistência de elementos concretos nos autos para demonstrar a *suposta "associação criminosa'* (fl. 1.062).

Postula, ao final, a declaração de nulidade das provas dos autos, a absolvição do delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 e o consequente redimensionamento da pena, com aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (fl. 1.063).

Oferecidas contrarrazões (fls. 1.080/1.100), o recurso foi parcialmente admitido na origem (fls. 1.180/1.183). O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso, nos seguintes termos (fl. 1.199):

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS. REEXAME DE PROVAS E DOSIMETRIA DE PENA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRECEDENTES/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA À LEI FEDERAL NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ PARECER PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO.
> PARECER PELO IMPROVIMENTO.

É o relatório.

A irresignação comporta acolhimento.

De início, em relação ao art. 157 do Código de Processo Penal, extrai-se do acórdão recorrido (fls. 908/912 - grifo nosso):

> [...] Sustenta a apelante T, a ilicitude da prova obtida mediante análise de seu aparelho celular, sem autorização judicial.
>
> Contudo, razão não lhe assiste.
>
> Com efeito, a Constituição Federal consagra a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial.
>
> Todavia, a proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados já inseridos em aparelho celular.
>
> No caso em análise, **as recorrentes foram presas em flagrante, na posse de grande quantidade de droga e, em consequência, os objetos relacionados ao fato foram apreendidos, consoante dispõe o artigo 6°, inciso II, do Código Penal**.
>
> Ora, deve-se ter presente a natureza do crime de tráfico, infração de caráter permanente, de modo que o estado de flagrância perdura ao longo do tempo. **Daí a possibilidade de se apreender prontamente o material vinculado a tal delito**, colhendo elementos de informações hábeis a esclarecer a materialidade e autoria delitivas, **não havendo necessidade de mandado de busca e apreensão**.
>
> **Assim não há que se falar em violação do sigilo, pois a verificação dos registros contidos nos aparelhos é feita de maneira direta, mediante procedimento legalmente previsto (inciso VII do artigo 6º, do CPP), independentemente de qualquer autorização**.
>
> Nesse sentido já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:
>
> [...]
>
> Vale assentar, ainda, que o direito à intimidade não se afigura absoluto, devendo ceder a outros de igual grandeza, mediante a ponderação dos valores envolvidos, que, nos crimes desse jaez, ultrapassam a esfera individual e afetam toda a coletividade.
>
> Não fosse o bastante, eventuais irregularidades da fase inquisitiva de apuração dos fatos não se prestam a contaminar o processo em que plenamente observadas (e não contestadas) as garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.
>
> Por outro lado, sequer apontado que a eventual preterição de qualquer forma legal tenha causado prejuízo à recorrente, impossível o reconhecimento da nulidade alvitrada, diante da indissociável aplicação da máxima *pas de nullité sans grief*.
>
> [...]

E da sentença condenatória, colhe-se a seguinte fundamentação (fls. 711/720 - grifo nosso):

> [...] A testemunha S D C, investigador de polícia, **em juízo disse que não participou da apreensão das moças, nem da apreensão das drogas, tendo recebido uma determinação do sr. Delegado de Policia para fazer o cruzamento dos telefones apreendidos**.
>
> Reportou que f**oi encontrado no telefone da ré M, uma mensagem** em que se dizia para que fosse até a casa da ré J, inclusive, passando o endereço. Assim, através deste telefone, constatou que M manteve contato com J, T, M e o taxista que as trouxeram até a cidade de Adamantina/SP. **Declarou que de acordo com os**

demais celulares, foi possível notar que todos mantiveram contato entre eles, sendo que a ré J recebia ligações do mesmo telefone celular que M fazia uso, havendo, portanto, comunicação entre eles e, no dia dos fatos a ré M trocava mensagens com a ré J, perguntando "se podia subir", "se ela descia", "se ia demorar, se não iria demorar" e como resposta J dizia que estava partindo "a droga". **Declinou que através de um *print*, retirado do telefone de M, M pôde ser identificado, pois havia a sua qualificação em uma tela do site do Tribunal de Justiça**. Alegou que a ré M fazia parte do rol de visitas de M, bem como este mantinha contato com as demais rés, **através do que se foi constatado pelos celulares apreendidos**.

Esclareceu **que não houve constatação de conversas, apenas registro de ligações que demonstraram existir um elo entre eles, dizendo que "M faz contato com a M e dá o endereço da J", posteriormente, através deste mesmo número, ele faz contato com a ré J**.

Também foram encontrados registros de ligações entre M e J (fls. 549 mídia audiovisual arquivada em cartório).

A testemunha R D DOS S, delegado de polícia, em juízo, relatou que na data dos fatos, as rés foram apresentadas na delegacia de polícia da qual é titular e sob sua presidência foi lavrado o auto de prisão em flagrante, eis que um veículo da cidade de Osvaldo Cruz/SP, foi abordado por Policiais Militares, no qual estavam M e T, sendo encontrado algumas porções de drogas, a aproximadamente 200g. Reportou que as ré relataram que haviam recebido os entorpecentes da ré J, assim, os policiais foram até a residência desta. No local, com a autorização da ré J, encontraram outras quantidades do mesmo tipo de droga, havendo, portanto, a prisão em flagrante das rés por tráfico de drogas e associação. **Relatou que em análise aos aparelhos celulares, foi encontrada uma mensagem assinada por M, cm que este informava o endereço de J à M, bem como que as três linhas telefônicas, pertencentes às rés, mantiveram contato entre si na véspera e no dia dos fatos. Assevera, ainda, que as linhas pertencentes às rés, mantiveram contato com a linha telefônica pertencente a M, sendo que foi descoberta a sua identidade, em razão de em um dos celulares haver um *print* do sito do Tribunal de Justiça, com as qualificações deste** e, com base nisto, entraram em contato com a Penitenciária de Pacaembu/SP, aferindo que M era visitado pela ré M. Por fim, alegou que as rés já estavam autuadas em flagrante, concluindo a investigação pela prisão preventiva de M, vez que foi possível concluir que este era o "cabeça que determinava a ocultação e distribuição destas drogas". **Declarou que pelo conjunto de mensagens dos celulares foi possível concluir pela existência de conteúdo alusivo ao tráfico** (art. 549 - mídia audiovisual arquivada em cartório).

[...]

Entendo que as provas colhidas nos autos são suficientes para a condenação das Rés T d M L, M C J e J C DOS S, nos termos requeridos pela acusação.

Com relação as Rés M, T e J, resta devidamente comprovada a figura delitiva prevista no artigo 33, *caput*, da Lei n° 11.343/06, vez que foram abordadas na posse de considerável quantidade de droga, sendo 204,870g de maconha encontrada em poder das rés M e T e, 261,410g de maconha mantida em depósito pela ré J.

A quantia de drogas apreendida em poder das Rés M e T é por si reveladora do dolo de entrega a terceiros, já que a exorbitante quantidade é incompatível com o porte de droga para uso próprio. Além disso, observa-se que as Rés são pessoas de modestas posses e, como tal, dificilmente disporiam do dinheiro necessário para adquirir tal quantia de droga para o seu uso, comprometendo em uma única compra

significativa soma em dinheiro.

Por outro lado, acrescenta-se que realidade local é distinta da realidade de grandes centros, em que há movimentação de grandes volumes de droga. Assim é que no caso concreto, tem-se que o volume de drogas apreendido em poder das Rés destoa completamente dos volumes de droga comercializados nesta localidade, em que o tráfico se desenvolve em ínfimas porções (às vezes duas ou três porções ocultas na boca ou nas partes íntimas do traficante), não há dúvida quanto à prática do crime de tráfico pelas Rés.

Assim, nenhuma dúvida há quanto à capitulação jurídica das condutas de T e M.

Aliás, a tese de que a droga em seu poder se destinaria ao seu consumo é desmentida pelas contradições entre os interrogatórios de tais Rés. Isso porque se T disse que M a convidou para vir até Adamantina adquirir drogas para consumo, M disse que o motivo da vinda seria outro, ou seja, que teriam vindo apenas para combinar com J visita aos seus companheiros, que se encontram presos em uma mesma unidade penitenciária.

Observa-se ainda que embora M diga que quem negociou e recebeu a droga foi T, esta imputa a M a aquisição da droga.

Todos estes detalhes eloquentes, associados à prisão das Rés em flagrante, em poder de elevadíssima quantia de drogas, deixa clara a prática do crime de tráfico.

[...] Evidente, assim, a prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06.

Na mesma linha, evidente a configuração do crime de associação para o tráfico (Lei 11.343/06).

De fato, em tal tipo, pune-se o ato de duas ou mais pessoas associarem-se para o fim de cometer, de forma reiterada ou não, os crimes previstos nos artigos 33 e 34, do mesmo diploma legal.

Nesse aspecto, observa-se da confissão policial de J que esta guardava drogas a mando de terceiros e entregava conforme orientações destes terceiros. Nesse contexto, recebeu orientações para entregar parte da droga às corrés T e M, que de fato compareceram ao seu endereço para receber a nefasta substância.

Ora, a conduta associativa resta clara, já que o tipo penal não exige sequer o ânimo de reiteração criminosa, bastando que haja articulação de mais de uma pessoa para o fim de praticar o tráfico. Assim, se os envolvidos, situados em cidades distintas (Osvaldo Cruz e Adamantina) se articulam de maneira a guardar a droga em determinado município, para ser retirado por outros integrantes da organização que o levarão até cidade diversa, evidente o liame associativo.

A respeito do delito em espécie, destaco que de acordo com a atual redação do artigo 35 da Lei n° 11.343/06, o crime de associação para o tráfico não exige a estabilidade e permanência da reunião, configurando-se mesmo com o concurso eventual de agentes. Nesse sentido, destaca-se:

[...] Somente por estes aspectos, a condenação pela prática do delito associativo já se impunha.

Mas não é só.

Aqui, fundamental destacar que os elementos constantes dos autos até aqui são mais do que suficientes para a condenação.

Todavia, a prova já contundente é reforçada pela prova obtida por meio do acesso da Autoridade Policial aos arquivos de mensagens trocadas via WhatsApp.

Tal prova, que é apenas acessória ao contundente conjunto probatório dos autos, sendo por isso indiferente ao deslinde da questão. Nessa linha, ainda que se refutasse a prova extraída da degravação de conversas telefônicas, seria aplicável o brocardo "utile per Mutile non vitiatur".

Mas não é só.

Mas, **ainda que fosse necessário o respaldo da prova extraída dos registros de arquivos em aparelhos de telefonia celular em poder dos Réus, tal prova deveria ser admitida como válida**.

Embora não se ignore entendimento em sentido diverso, no caso concreto, **tenho que a atividade policial investigativa se debruçou sobre arquivos de mensagens já recebidas pelos Réus e que ficaram registradas em arquivos abertos em seus aparelhos de telefonia celular**.

Por isso, trocadas as mensagens, ou seja, tendo ela saído de seu emitente e sendo percebida pelo seu destinatário que lhe acessa o conteúdo, não há mais que se falar em sigilo de comunicação. Isso porque a mensagem é protegida ao tempo de seu encaminhamento até o destinatário. A partir de então, passa a ser mero arquivo que pode ser descartado pelo destinatário ou mantido. Uma vez mantido, terá natureza jurídica não mais de comunicação, mas de mero registro de dado, que não é acobertado pelo sigilo das comunicações.

Nesse tópico, cumpre prosaica analogia com a comunicação epistolar.

De fato, a correspondência física é objeto de preservação de sigilo enquanto em trânsito, a fim de que se assegure a intimidade nas comunicações. Todavia, a partir do momento em que recebida E ABERTA PELO SEU DESTINATÁRIO ela se convola em mero arquivo físico, não protegido pelo sigilo de comunicação. Até porque não há comunicação a se proteger.

Assim, se destinatário de determinada carta resolve portá-la consigo, em envelope aberto, e nessa condição é abordado em flagrante delito, nada impedirá a Autoridade Policial de ter acesso àquela carta, já aberta.

A situação é rigorosamente idêntica àquela descrita nos autos.

De fato, depois de aperfeiçoada a comunicação, os Réus optaram por manter o registro de suas conversas, em *smartphone*. **Ao optar por manter os arquivos de tais diálogos, os Réus abriram mão do sigilo das comunicações, já que este não compreende dados arquivados em dispositivos de memória digital, mas apenas o fluxo de informações**. Uma vez recebida e acessada a mensagem pelo destinatário, não há mais comunicação, se não registros de dados em mídia não protegida por qualquer espécie de sigilo, a menos que se encontre fisicamente em ambiente tutelado pelo direito à privacidade (como no interior de uma residência). Não sendo este o caso dos autos, evidente que os registros não se encontravam albergados por protetivo constitucional.

Esclarecida a desnecessidade da prova, mas demonstrada a sua licitude, aprecio-a a titulo de *obter dictum*, de forma a não deixar dúvidas quanto aos fatos praticados pelos Réus, evidenciando ainda mais o tráfico de drogas de forma associada.

Nessa linha se extrai dos autos que **M, atualmente recluso em unidade prisional, em virtude de outras sentenças condenatórias, mantinha em seu poder um aparelho celular, do qual coordenava todas as transações, bem como a entrega dos entorpecentes, do interior da unidade prisional em que se encontrava segregado**.

Observa-se ainda, que M mantinha relacionamento amoroso com uma das Rés, qual seja, M C J, tanto que esta consta no rol de visitas de M como sua companheira (fls. 222). Acresce-se a isso, **o relatório dos aparelhos celulares das Rés apreendidos, onde se verifica que M enviou no dia anterior aos fatos, o endereço de J para sua companheira M, identificando-a como sendo o contato** (fls. 214).

E mais, a ré J afirmou que somente recebia ligações com coordenadas do

recebimento e entrega das drogas e, de fato, do relatório elaborado pelo setor de investigações, verifica-se que no dia dos fatos e no dia anterior, M realizou diversas ligações para a Ré J (fls. 257/258), bem como para a ré T (fls. 258), tudo a comprovar que M coordenava pelo celular todo o esquema de tráfico de entorpecentes.

Aliás, o intenso contato entre as rés e M, **evidenciado pelo relatório de investigação concernente ao exame dos aparelhos celulares (fls. 208/220 e 256/259), deixa indene de dúvidas não apenas o tráfico, mas a associação dos réus para prática do comércio ilícito de entorpecentes**.

Portanto, como se observa no caso em tela, ao contrário do que atestam as teses defensivas, **o conjunto probatório amealhado nos autos, demonstra de forma inequívoca a intenção dos réus em praticar o crime disposto no artigo 35, da referida norma**. Vejamos:

(i) M, recluso em virtude de outras sentenças condenatórias transitadas em julgado, mantinha em seu poder um aparelho celular, do qual coordenava todas as transações, bem como a entrega dos entorpecentes, do interior da unidade prisional em que era mantido. Tanto que a ré J afirma que somente recebia ligações com coordenadas do recebimento e entrega das drogas, dessa maneira, conclui-se que havia tanto estabilidade, como permanência das ações, evidenciando a associação destes para cometer o crime de tráfico.

Nesse sentido, **os *prints* dos celulares apreendidos com as rés, constantes do relatório de investigação de 208/220 e sua complementação de fls. 256/259, demonstram as tratativas realizadas entre M e as rés para a distribuição dos entorpecentes, em esquema previamente acordado e organizado. Assim, não restam dúvidas quanto ao cometimento do crime disposto no artigo 35, da Lei n° 11.343/06**.

(ii) Em relação às rés T, M e J, não resta qualquer dúvida de sua associação para o cometimento do delito previsto no artigo 33, da Lei 11.343/06, uma vez que além de estar evidente a prática dos verbos expressos no tipo penal, quais sejam "ter em depósito" (J) e, "trazer consigo/transportar" (M e T), evidenciam, uma divisão de tarefas entre as rés, organizadas e comandadas pelo réu M de dentro da unidade prisional em que se encontra recluso.

[...]

Constata-se das transcrições acima que, na hipótese dos autos, houve, por ocasião do flagrante, a apreensão dos aparelhos celulares da recorrente e da corré, e que *não há que se falar em violação do sigilo, pois a verificação dos registros contidos nos aparelhos é feita de maneira direta, mediante procedimento legalmente previsto (inciso VII, do artigo 6º, do CPP), independentemente de qualquer autorização* (fl. 909).

Contudo, conforme compreensão mais atual do Superior Tribunal de Justiça, em ambas as Turmas que tratam de matéria criminal, a devassa nos dados constantes no aparelho celular, como mensagens de texto e conversas por meio de aplicativos, diretamente pela polícia, **sem autorização judicial**, constitui meio de prova ilícita e, desse modo, conforme consequência legal, os dados obtidos não podem constituir prova,

devendo ser excluídos dos autos.

O art. 7º, III, da Lei n. 12.965/2014, resguarda os dados pessoais produzidos a partir da utilização da *internet*, os quais evidentemente incluem aqueles armazenados no aparelho celular.

É o que se extrai dos seguintes julgados:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO AOS DADOS DE APLICATIVO CELULAR *WHATSAPP*. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.
>
> 2. Estando o decreto prisional ancorado apenas na gravidade abstrata e na quantidade não relevante de droga (41 gramas de maconha e folhas frescas prensadas de maconha pesando, aproximadamente, 2 gramas), inidônea é a constrição do recorrente.
>
> 3. Recurso em *habeas corpus* provido para a soltura do recorrente MATEUS SLAVIERO, o que não impede nova e fundamentada decisão cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual, bem como para declarar a nulidade das provas obtidas por meio de acesso ao celular do recorrente, sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.
>
> (RHC n. 98.250/RS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 7/3/2019)

> 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.
>
> (REsp n. 1.701.504/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 20/3/2018)

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. LEI N. 11.343/2006. DISPOSITIVO TELEFÔNICO MÓVEL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO AOS ARQUIVOS E DADOS CONTIDOS NO APARELHO CELULAR. PROVA ILÍCITA. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA

COM BASE EM ROBUSTO MATERIAL PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE.

1. As instâncias ordinárias contrariaram a jurisprudência deste Superior Tribunal, porquanto é ilícita a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

Recurso em *habeas corpus* parcialmente provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos (RHC n. 76.510/RR, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 17/4/2017).

2. O art. 7º, III, da Lei n. 12.965/2014, resguarda os dados pessoais produzidos a partir da utilização da internet, os quais evidentemente incluem aqueles armazenados no aparelho celular.

3. Deve ser mantida a condenação, *in casu*, porque se firmou em vasto material probatório - testemunhal e pericial -, obtido a partir de investigações da autoridade policial.

4. Recurso especial parcialmente provido para, ao manter a condenação dos recorrentes, determinar a exclusão dos dados extraídos dos aparelhos celulares, sem prévia autorização judicial, com o seu desentranhamento do processo, consoante os fundamentos do voto.

(REsp n. 1.675.501/MG, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 27/10/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR (MENSAGENS DO APLICATIVO *WHATSAPP*) DURANTE A PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DAS PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. RECURSO PROVIDO.

I - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (*WhatsApp*), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

II - *In casu*, os policiais civis obtiveram acesso aos dados (mensagens do aplicativo *WhatsApp)* armazenados no aparelho celular do corréu, no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial, o que torna a prova obtida ilícita, e impõe o seu desentranhamento dos autos, bem como dos demais elementos probatórios dela diretamente derivados.

III - As instâncias ordinárias fundamentaram a prisão preventiva do recorrente nos indícios de materialidade e autoria extraídos a partir das conversas encontradas no referido celular, indevidamente acessadas pelos policiais, prova evidentemente ilícita, o que impõe a concessão da liberdade provisória.

Recurso ordinário provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas obtidas por meio de acesso indevido aos dados armazenados no aparelho celular, sem autorização judicial, bem como as delas diretamente derivadas, e para conceder a liberdade provisória ao recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão preventiva, desde que fundamentada em indícios de autoria válidos.

(RHC n. 92.009/RS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 16/4/2018)

Como se vê, encontra-se o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte Superior.

Destarte, formada a compreensão sobre tal conjunto probatório, diante da patente ilicitude da prova, faz-se necessário, **além da exclusão de tais dados**, o retorno dos autos para rejulgamento das apelações, o que se estende às corrés M C J e J C dos S, dada a comunidade probatória.

Com o acolhimento da tese da defesa, fica prejudicada a análise das demais questões suscitadas.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial, para determinar a exclusão, dos autos, da referida prova ilícita, determinando o rejulgamento das apelações, nos termos da presente fundamentação.

Publique-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator