

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 51.531 - RO (2014/0232367-7)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE : LERI SOUZA E SILVA
ADVOGADOS : ROBERTO PEREIRA SOUZA E SILVA E OUTRO(S)
BRUNO ESPINEIRA LEMOS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura dando provimento ao recurso em habeas corpus, sendo acompanhada pelo Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvaram entendimento pessoal a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (art. 162, § 4º do RISTJ).

Brasília, 19 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 51.531 - RO (2014/0232367-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : LERI SOUZA E SILVA

**ADVOGADOS : ROBERTO PEREIRA SOUZA E SILVA E OUTRO(S)
BRUNO ESPINEIRA LEMOS**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de recurso ordinário interposto por Leri Souza e Silva em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, que denegou a ordem em writ lá impetrado.

Afirma que *após a apreensão do aparelho celular, sem qualquer autorização, a polícia obrigatoriamente teria que ter oficiado do Juízo, com o conhecimento do MP, antes de proceder à devassa unilateral no conteúdo do aparato, que, necessariamente, teria que ser acompanhada pelo MP e especial pela Defesa, diante dos riscos naturais do desvirtuamento, acréscimo e exclusões do conteúdo a ser extraído* (fl. 84).

Alega que *a prova obtida sem requerimento ao Juiz natural (PERÍCIA DE APARELHO CELULAR) que teve trâmite após a detenção do Paciente, portanto, perícia realizada em objeto já apreendido e sob a responsabilidade da Polícia, sem que para isso houvesse sido requerida a autorização judicial, com os conseqüentários fiscalizadores e asseguradores daí advindos viola os ditames do art. 5º, XII, da CF, sendo inadmissível a prova obtida de forma ilícita (art. 5º, LVI/CF), do mesmo modo disciplinando o art. 157, do CPP, razões essas, mais que suficientes para o desentranhamento das provas aqui mencionadas* (fl. 93).

Requer o provimento do recurso para que seja reconhecida a ilegalidade da prova mediante o desentranhamento dos autos.

Contrarrazões opostas pelo Ministério Público (fls. 98/104).

Informações prestadas em 22/10/2015, indicam que o feito encontra-se concluso para sentença, sendo que o paciente aguarda o processo em liberdade diante da decisão proferida em sede de medida cautelar no *habeas corpus* 122.555/RO, impetrado perante a Suprema Corte (fls. 125/144).

O parecer Ministerial pelo desprovimento do recurso (fls. 116/118).

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 51.531 - RO (2014/0232367-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06 e art. 329 do CP.

Em 6/8/2014, a Corte Estadual denegou a ordem, consoante acórdão assim ementado (fl. 61):

Habeas corpus. Processo Penal. Tráfico de drogas. Prova pericial. Nulidade. Transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho apreendido. Inocorrência de prova ilícita. Ordem Denegada.

1 . É válida a transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho celular apreendido com o paciente por ocasião de sua prisão em flagrante pois estes dados não gozam da mesma proteção constitucional de que trata o art. 5º, XII.

2. Ordem denegada.

Neste recurso, busca-se a decretação da ilicitude das provas extraídas do aparelho celular do recorrente dada a ausência de ordem judicial.

Extraí-se do voto condutor a seguinte fundamentação (fls. 64/66):

Em breve narrativa fática, consta dos autos que o paciente foi preso no dia 18/03/2014, sob a acusação de praticar o delito de tráfico de entorpecentes e ainda associação para o tráfico.

A denúncia descreve que uma denúncia anônima informou que no dia em que foi preso o paciente receberia, via correios, uma carga de entorpecente.

Foi realizado acompanhamento pela polícia militar e tão logo a encomenda fora entregue realizaram a abordagem, logrando êxito em apreender na posse do paciente um recipiente contendo 300 (trezentos) comprimidos de ecstasy.

Investigações complementares demonstraram que o paciente se associou com os corréus com a finalidade específica de perpetrar o delito de tráfico de entorpecentes, cada um exercendo uma tarefa específica.

Em informações apresentadas às fls. 40/42 a autoridade impetrada afirmou que o aparelho de telefone celular foi apreendido com o paciente por ocasião de sua prisão em flagrante, apontando que a perícia realizada no aparelho tem fundamento no art. 6º, incs. II, III e VII do CPP.

Informou ainda que o acesso aos dados constantes do aparelho, no caso dos autos, não encontra o mesmo impedimento da interceptação telefônica e que a autoridade policial agiu estritamente para cumprimento da Lei.

A discussão apresentada pelo impetrante circunda a

Superior Tribunal de Justiça

possibilidade de realização unilateral da perícia no aparelho de telefone celular apreendido quando da prisão em flagrante sem a alegada imprescindível autorização judicial.

Entendo que a tese apresentada pelo impetrante é desprovida de fundamento porquanto a proteção do acesso aos dados constantes do aparelho não se assemelha à interceptação telefônica.

Inicialmente relato que o telefone celular foi apreendido no momento da prisão em flagrante do paciente, ocasião em que os policiais recolheram todos os instrumentos que poderiam estar relacionados ao crime, incluindo este aparelho, encaminhando-o à autoridade policial competente.

Após a apreensão a autoridade policial conduziu a investigação conforme disposto no art. 6º do CPP, determinando a realização de perícia do entorpecente apreendido e ainda extração das conversações do aparelho celular do paciente.

Assim dispõe o referido texto legal:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

[...]

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

Nota-se que o legislador não atribuiu discricionariedade ao ato impugnado, pelo contrário, determina que a autoridade policial realize as ações descritas nos incisos do referido artigo.

Entendo não ser imprescindível a decisão judicial para realização de perícia em aparelho celular apreendido pois a lei permite até mesmo a violação de domicílio para efetuar prisão em flagrante.

Relato ainda que o Direito Penal e Processual Penal possuem natureza pública, geridos pelo Estado, representante das vontades e interesses da coletividade.

Cito este fato em razão do questionamento da atividade pericial realizada, e saliento que a perícia foi realizada por agentes oficiais do Estado, legalmente incumbidos da realização dos estudos realizados, recaindo sobre eles a necessidade de observação explícita dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, dentre outros.

Apresentar meras ilações acerca da possibilidade de algum dos policiais prejudicar o paciente é demasiadamente pueril, até mesmo porque não demonstrou objetivamente tal condição, não sendo relatado em momento algum dos autos a preexistência de qualquer animosidade pretérita ao fato.

Superior Tribunal de Justiça

O fato é que ao empossar um agente público em seu cargo o Estado lhe confia o poder conferido pelo povo, presumindo-se legais os seus atos até ulterior conclusão contrária.

Observo ainda que o art. 159 do CPP exige a realização dos trabalhos periciais por peritos oficiais, a saber: "Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior."

Sobre este tema, leciona Nucci (in Código de processo penal comentado / 13. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014) que "perito é o especialista em determinado assunto. É considerado oficial quando investido na função por lei e não pela nomeação feita pelo juiz. Normalmente, é pessoa que exerce a atividade por profissão e pertence a órgão especial do Estado, destinado exclusivamente a produzir perícias".

Com essas ponderações, considero válida a prova pericial decorrente da degravação do conteúdo constante do aparelho celular do paciente, inexistindo ainda qualquer ilegalidade a ser sanada.

A Constituição Federal prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas - salvo ordem judicial:

Art. 5º.

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

No caso das comunicações telefônicas, a Lei n. 9.294/96 regulamentou o tema:

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez

Superior Tribunal de Justiça

comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A Lei n. 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve:

*Art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:
[...]*

V - à inviolabilidade e ao sigredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;

E a Lei 12.965/14, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê que:

Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

[...]

Na perícia realizada, houve acesso aos dados do celular e às conversas de *whatsapp* obtidos sem ordem judicial.

No acesso aos dados do aparelho, tem-se devida de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Embora possível o acesso, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DILIGÊNCIAS PARA VERIFICAR O REGULAR CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Embora não sejam absolutas as restrições de acesso à privacidade e aos dados pessoais do cidadão, e mesmo considerado o interesse público no acompanhamento da execução penal, imprescindível é a qualquer decisão judicial a explicitação de seus motivos (art. 93, IX, da Constituição Federal).

2. Diligências invasivas de acesso a dados (bancários, telefônicos e de empresa de transporte aéreo) deferidas sem qualquer menção à necessidade e proporcionalidade dessas medidas investigatórias, não propriamente de crime, mas de regular cumprimento de pena imposta.

Nulidade reconhecida.

3. Recurso especial parcialmente provido.

Superior Tribunal de Justiça

(REsp 1133877/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 157 DO CPP. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/1990. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DA PROVA. 2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. *Afigura-se decorrência lógica do respeito aos direitos à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF) a proibição de que a administração fazendária afaste, por autoridade própria, o sigilo bancário do contribuinte, especialmente se considerada sua posição de parte na relação jurídico-tributária, com interesse direto no resultado da fiscalização. Apenas o Judiciário, desinteressado que é na solução material da causa e, por assim dizer, órgão imparcial, está apto a efetuar a ponderação imprescindível entre o dever de sigilo - decorrente da privacidade e da intimidade asseguradas ao indivíduo, em geral, e ao contribuinte, em especial - e o também dever de preservação da ordem jurídica mediante a investigação de condutas a ela atentatórias.*

2. *Recurso especial a que se dá provimento para reconhecer a ilicitude da prova advinda da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, determinando-se que seja proferida nova sentença, afastada a referida prova ilícita e as eventualmente dela decorrentes.*

(REsp 1361174/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 10/06/2014).

Na conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO REVELAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. MEDIDAS CAUTELARES DETERMINADAS. AFASTAMENTO DE SIGILO DE CORREIO ELETRÔNICO. DURAÇÃO DA CONSTRICÇÃO. PRAZO: DE 2004 A 2014. FUNDAMENTAÇÃO PARA A QUEBRA DO SIGILO DO E-MAIL NO PERÍODO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente

pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência.

2. In casu, a constrição da comunicação eletrônica abrangeu um ancho período, superior a dez anos, de 2004 a 2014, sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade, devendo-se, assim, prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública.

3. Lastreadas as decisões de origem em argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar azo ao procedimento tão drástico executado nos endereços eletrônicos do acusado, de se notar certo açodamento por parte dos responsáveis pela persecução penal.

4. Ordem concedida, com a extensão aos co-investigados em situação análoga, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida.

(HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).

Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de *whatsapp* obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2014/0232367-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 51.531 / RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00045597520148220501 00070839320148220000 2014001030007511

EM MESA

JULGADO: 15/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LERI SOUZA E SILVA

ADVOGADOS : ROBERTO PEREIRA SOUZA E SILVA E OUTRO(S)
BRUNO ESPINEIRA LEMOS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

CORRÉU : FELIPE LIMA PARO

CORRÉU : VITOR HENRIQUE SCHEIDT

CORRÉU : CAIO ARISTIDE DE OLIVEIRA

CORRÉU : MAÍSA MENDES GARCIA DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **VICTOR MENERVINO QUINTIERE**, pela parte RECORRENTE: LERI SOUZA E SILVA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso em habeas corpus, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Aguardam os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 51.531 - RO (2014/0232367-7)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Histórico

LERI SOUZA E SILVA estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia**.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06 e art. 329 do Código Penal.

Irresignada, a defesa impetrou o *writ* originário alegando que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, ante a nulidade de prova obtida ilicitamente, pois foram produzidas sem autorização judicial.

Em 6/8/2014, a Corte Estadual denegou a ordem, consoante acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Processo Penal. Tráfico de drogas. Prova pericial. Nulidade. Transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho apreendido. Inocorrência de prova ilícita. Ordem Denegada.

1 . É válida a transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho celular apreendido com o paciente por ocasião de sua prisão em flagrante pois estes dados não gozam da mesma proteção constitucional de que trata o art. 5º, XII.

2. Ordem denegada. (fl. 61)

Neste recurso, a defesa sustenta o seguinte:

[...]

[...] após a apreensão do aparelho celular, sem qualquer autorização, a polícia obrigatoriamente teria que ter oficiado do Juízo, com o conhecimento do MP, antes de proceder à devassa unilateral no conteúdo do aparato, que, necessariamente, teria que ser acompanhada pelo MP e especial pela Defesa, diante dos riscos naturais do desvirtuamento, acréscimo e exclusões do conteúdo a ser extraído. (fl. 84)

[...]

[...] a prova obtida sem requerimento ao Juiz natural (PERÍCIA DE, APARELHO CELULAR) que teve trâmite após a detenção

do Paciente, portanto, perícia realizada em objeto já apreendido e sob a responsabilidade da Polícia, sem que para isso houvesse sido requerida a autorização judicial, com os conseqüentários fiscalizadores e asseguradores daí advindos viola os ditames do art. 5º, XII, da CF, sendo inadmissível a prova obtida de forma ilícita (art. 5º, LVI/CF), do mesmo modo disciplinando o art. 157, do CPP, razões essas, mais que suficientes para o desentranhamento das provas aqui mencionadas. (fl. 93)

Requer o provimento do recurso para que seja reconhecida a ilegalidade da prova mediante o desentranhamento dos autos.

Informações prestadas em 22/10/2015, indicam que o feito encontra-se concluso para sentença, sendo que o paciente aguarda o processo em liberdade diante da decisão proferida em sede de medida cautelar no HC n. 122.555/RO, impetrado perante a Suprema Corte (fls. 125-144).

O *Parquet* federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 116-118).

O relator, Ministro Nefi Cordeiro, deu provimento ao recurso, para declarar a nulidade das provas obtidas sem autorização judicial do celular do recorrente, com o desentranhamento do produto dos autos.

Pedi vista dos autos para exame mais acurado do tema.

II. Contextualização

Neste recurso, a questão de direito cinge-se ao reconhecimento da ilicitude das provas extraídas do aparelho celular do recorrente, ante a ausência de ordem judicial.

A Corte local denegou a ordem nos seguintes termos:

[...]

Em breve narrativa fática, consta dos autos que o paciente foi preso no dia 18/03/2014, sob a acusação de praticar o delito de tráfico de entorpecentes e ainda associação para o tráfico.

A denúncia descreve que uma denúncia anônima informou que no dia em que foi preso o paciente receberia, via correios, uma carga de entorpecente.

Foi realizado acompanhamento pela polícia militar e tão logo a encomenda fora entregue realizaram a abordagem, logrando êxito em apreender na posse do paciente um recipiente contendo 300 (trezentos) comprimidos de ecstasy.

Investigações complementares demonstraram que o paciente se associou com os corréus com a finalidade específica de perpetrar o delito de tráfico de entorpecentes, cada um exercendo uma tarefa específica.

Em informações apresentadas às fls. 40/42 a autoridade impetrada afirmou que o aparelho de telefone celular foi apreendido com o paciente por ocasião de sua prisão em flagrante, apontando que a perícia realizada no aparelho tem fundamento no art. 6º, incs. II, III e VII do CPP.

Informou ainda que o acesso aos dados constantes do aparelho, no caso dos autos, não encontra o mesmo impedimento da interceptação telefônica e que a autoridade policial agiu estritamente para cumprimento da Lei.

A discussão apresentada pelo impetrante circunda a possibilidade de realização unilateral da perícia no aparelho de telefone celular apreendido quando da prisão em flagrante sem a alegada imprescindível autorização judicial.

Entendo que a tese apresentada pelo impetrante é desprovida de fundamento porquanto a proteção do acesso aos dados constantes do aparelho não se assemelha à interceptação telefônica.

Inicialmente relato que o telefone celular foi apreendido no momento da prisão em flagrante do paciente, ocasião em que os policiais recolheram todos os instrumentos que poderiam estar relacionados ao crime, incluindo este aparelho, encaminhando-o à autoridade policial competente.

Após a apreensão a autoridade policial conduziu a investigação conforme disposto no art. 6º do CPP, determinando a realização de perícia do entorpecente apreendido e ainda extração das conversações do aparelho celular do paciente.

Assim dispõe o referido texto legal:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

[...]

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

Nota-se que o legislador não atribuiu discricionariedade ao ato impugnado, pelo contrário, determina que a autoridade policial

realize as ações descritas nos incisos do referido artigo.

Entendo não ser imprescindível a decisão judicial para realização de perícia em aparelho celular apreendido pois a lei permite até mesmo a violação de domicílio para efetuar prisão em flagrante.

Relato ainda que o Direito Penal e Processual Penal possuem natureza pública, geridos pelo Estado, representante das vontades e interesses da coletividade.

Cito este fato em razão do questionamento da atividade pericial realizada, e saliento que a perícia foi realizada por agentes oficiais do Estado, legalmente incumbidos da realização dos estudos realizados, recaindo sobre eles a necessidade de observação explícita dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, dentre outros.

Apresentar meras ilações acerca da possibilidade de algum dos policiais prejudicar o paciente é demasiadamente pueril, até mesmo porque não demonstrou objetivamente tal condição, não sendo relatado em momento algum dos autos a preexistência de qualquer animosidade pretérita ao fato.

O fato é que ao empossar um agente público em seu cargo o Estado lhe confia o poder conferido pelo povo, presumindo-se legais os seus atos até ulterior conclusão contrária.

Observo ainda que o art. 159 do CPP exige a realização dos trabalhos periciais por peritos oficiais, a saber: "Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior."

Sobre este tema, leciona Nucci (in Código de processo penal comentado / 13. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014) que "perito é o especialista em determinado assunto. É considerado oficial quando investido na função por lei e não pela nomeação feita pelo juiz. Normalmente, é pessoa que exerce a atividade por profissão e pertence a órgão especial do Estado, destinado exclusivamente a produzir perícias".

Com essas ponderações, considero válida a prova pericial decorrente da degravação do conteúdo constante do aparelho celular do paciente, inexistindo ainda qualquer ilegalidade a ser sanada. [...] (fls. 64-66)

IV. Precedente do STF

Não desconheço o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC n. 91.867/PA, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que a Segunda Turma do Excelso Pretório entendeu pela inexistência de coação ilegal na hipótese em que, após a prisão em flagrante, os policiais, ao apreenderem dois aparelhos de celular, procederam à análise dos registros telefônicos.

Transcrevo o seguinte excerto do voto condutor:

[...]

No presente *writ*, a ilegalidade verificada, segundo a defesa, decorre do fato de que, após a **prisão em flagrante** do corréu, os policiais, ao apreenderem dois aparelhos de celular, procederam à análise dos últimos registros telefônicos.

Pois bem. Não se pode olvidar que o inquérito policial é procedimento administrativo, inquisitório e preparatório, cuja finalidade precípua é a colheita de informações quanto à autoria e à materialidade do delito, a fim de subsidiar a propositura de eventual ação penal.

Daí, dispor o art. 6º do CPP que a autoridade policial tem o **dever** de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal, impondo-lhe determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito, apreender os objetos que tiverem relação com o fato delituoso, colher as provas que servirem para esclarecimento do fato e suas circunstâncias, ouvir o ofendido, ouvir o indiciado, dentre outras diligências.

Em princípio, foi como agiu a autoridade policial que, ao **prender em flagrante delito o corréu**, tomou a cautela de colher todo material com potencial interesse para investigação.

E ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos – meio material indireto de prova –, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito.

Dessa análise, logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente.

Consigno que os números – registros de ligação no aparelho – estavam acessíveis à autoridade policial, mediante simples exame do objeto apreendido, circunstância que, de fato, diferencia do acesso a informações registradas na empresa de telefonia.

Saliento que o exame do objeto – aparelho celular – indicou apenas o número de um telefone.

Esse dado, número de telefone, por si só, conecta-se com algum valor constitucionalmente protegido? Penso que não. É que o dado, como no caso, mera combinação numérica, de per si nada significa, apenas um número de telefone.

Aliás, oportuno socorrer-se de conceitos utilizados pela tecnologia da informação:

Os dados são constituídos de fatos crus, como o número de um funcionário, total de horas trabalhadas em uma semana,

número de peças em estoque ou pedidos de compra.

Quando os fatos são organizados de maneira significativa, eles se tornam informação. Informação é um conjunto de fatos organizados de tal maneira que possuem valor adicional, além do valor dos fatos individuais.

... Transformar os dados em informação é um processo, ou um conjunto de tarefas logicamente relacionadas realizadas para alcançar um resultado definitivo. O processo de definir relações entre os dados para criar informações úteis requer conhecimentos. Conhecimento é a consciência e a compreensão de um conjunto de informações e os modos como essas informações podem ser úteis para apoiar uma tarefa específica ou para chegar a uma decisão. Ter conhecimento significa entender as relações na informação (Ralph M. Stair & George W. Reynolds. Tradução Harue Avritscher. 2010. PRINCÍPIOS DE SISTEMAS DE INFORMAÇÃO. Tradução da 9ª. Edição norte-americana., p. 4. Ed. CENGAGE Learning).

Ad argumentadum, abstraindo-se do meio material em que o dado estava registrado (aparelho celular), indago: e se o número estivesse em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão?

Ademais, impende lembrar que a Constituição Federal excepcionou a inviolabilidade domiciliar na hipótese de flagrante delito (art. 5º, XI). A própria liberdade sofre restrição no flagrante delito. Um aparelho de celular receberia proteção diversa?

A obviedade que resulta da resposta a essas indagações, denota que, não raras vezes, na construção argumentativa desvia-se o foco da tutela constitucional. A proteção jurídica à intimidade, à vida privada, não me parece que tenha o alcance pretendido pelo impetrante.

Ressalto, pelo que se colhe dos autos, que **as autoridades policiais não tiveram, em nenhum momento, acesso às conversas mantidas entre os pacientes e o executor do crime, Francisco Leite da Silva**. Colho excerto do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará: [...]

Nesse contexto fático, **reputo não haver qualquer ilicitude no procedimento da autoridade policial, sobretudo porque essa verificação permitiu a orientação inicial da linha**

investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para investigação. **Ou seja, a autoridade policial, ao apossar-se do aparelho, tão somente procurou obter do objeto apreendido, porquanto razoável obtê-los, os elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e da autoria, a teor do disposto no art. 6º do CPP.**

Por outro lado, pertinente enfatizar que não houve, pelo menos nesse momento inicial, qualquer requerimento á empresa responsável pelas linhas telefônicas no sentido de disponibilizar os dados – registro da lista geral das chamadas originadas, recebidas, horário, duração, valor etc. – tampouco houve interceptação telefônica. A polícia, até então, trabalhou unicamente com os dados telefônicos disponíveis nos aparelhos celulares, isto é, com alguns poucos números de telefones armazenados. [...]

Como se vê, o Ministro Gilmar Mendes relata que "as autoridades policiais não tiveram, em nenhum momento, acesso às conversas mantidas entre os pacientes e o executor do crime e, ao apossarem-se do aparelho, tão somente procuraram obter do objeto apreendido, porquanto razoável obtê-los, os elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e da autoria, a teor do disposto no art. 6º do CPP".

Os fatos narrados nesse *writ* são de 2004, período em que os telefone celulares sabidamente não eram conectados à internet de banda larga como o são já há algum tempo – os chamados smartphones, dotados de aplicativos de comunicação em tempo real –, motivo pelo qual o acesso que os policiais teriam àquela época seria necessariamente menos intrusivo que o seria hoje.

Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Após baixados automaticamente no aparelho celular, tais arquivos ficam armazenados na memória do telefone, cabendo ressaltar que a maioria das empresas que disponibilizam tais funcionalidades não guardam os referidos arquivos em seus servidores.

Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no

momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea.

A partir desse panorama, a doutrina nomeia o chamado **direito probatório de terceira geração**, que trata de "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais", *in verbis*:

[...]

A menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, demonstra claramente que tais elementos vinculados à propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são "coisas" ou "qualquer elemento de convicção", para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais.

Nesse sentido, tome-se o exemplo de um smartphone: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam em muito o conceito de coisa ou de telefone. Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um smartphone, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? Suponha-se, de outra parte, que se pretenda utilizar um sistema capa? de captar emanações de calor de uma residência, para, assim, levantar indícios suficientes à obtenção de um mandado de busca e apreensão: se estará a restringir algum direito fundamental do interessado, a demandar a obtenção de um mandado expedido por magistrado imparcial de equidistante, sob pena de inutilizabilidade? O e-mail, incidentalmente alcançado por via da apreensão de um notebook, é uma "carta aberta ou não"? Enfim, o conceito de coisa, enquanto *res* tangível e sujeita a uma relação de pertencimento, persiste como referencial constitucionalmente ainda aplicável à tutela dos direitos fundamentais ou, caso concreto, deveria ser substituído por outro paradigma? Esse é um dos questionamentos básicos da aqui denominada de prova de terceira geração: "chega-se ao problema com o qual as Cortes interminavelmente se deparam, quando consideram os novos avanços tecnológicos: como aplicar a regra baseada em tecnologias passadas às presentes e aos futuros avanços tecnológicos". Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar. [...] (KNIJNIK, Danilo. Temas de direito penal, criminologia e processo

processo penal. A *trilogia Olmstead-Katz-Kyllo*: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179)

Por isso, o precedente do HC n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante.

Essa hipótese foi melhor analisada na jurisprudência comparada, mais recentemente, na experiência da Suprema Corte norte-americana no julgado *Riley v. California*.

V. Jurisprudência comparada (a experiência da Suprema Corte norte-americana – *Riley v. California*)

David Leon Riley, cidadão norte-americano, em 22/8/2009 foi abordado pela Polícia de San Diego e surpreendido com a carteira de motorista vencida. Revistado o seu veículo, foram encontradas duas pistolas sob o capô do seu veículo. Imediatamente à busca do automóvel, a polícia investigou o seu telefone celular sem um mandado e descobriu que Riley era um membro de uma gangue envolvida em inúmeros assassinatos.

O advogado de Riley sustentou a ilegalidade de todas as provas, visto que os policiais tinham violado a Quarta Emenda. O Juiz rejeitou este argumento, considerou a busca legítima sob a doutrina do *Chimel rule* (algo equivalente ao entendimento esposado no HC n. 91.867/PA, do STF) e condenou Riley.

No âmbito de recurso, a Corte de Apelo ratificou a condenação, reafirmando o *search incident to arrest* (SITA) ou *Chimel Rule*, baseado à época em recente decisão da Suprema Corte da Califórnia em *People v. Diaz*, na qual o Tribunal considerou que a **Quarta Emenda** da Constituição dos EUA permitia à polícia realizar uma pesquisa exploratória de um telefone celular sempre que encontrado perto do suspeito no momento da prisão.

A Suprema Corte da Califórnia ratificou o entendimento das instâncias inferiores lastreada em precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, segundo os quais funcionários estão autorizados a aproveitar objetos sob o controle de um detido e realizar buscas sem mandado para fins de preservação de provas, nos termos de *People v. Diaz*.

Levado o caso perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o professor de direito da Universidade de Stanford, Jeffrey L. Fisher,

Superior Tribunal de Justiça

argumentou, em nome do peticionário David Riley, que o acesso ao seu smartphone viola o seu direito à privacidade.

O Chief Justice John Roberts, em nome da Corte, concluiu que um mandado é necessário para acessar o telefone celular de um cidadão na hipótese de prisão em flagrante, haja vista que "telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção". No original:

Modern cell phones are not just another technological convenience. With all they contain and all they may reveal, they hold for many Americans "the privacies of life". The fact that technology now allows an individual to carry such information in his hand does not make the information any less worthy of the protection for which the Founders fought.

Na mesma linha desse entendimento comungam as diversas cláusulas gerais invocadas pelo relator, ao afirmar que "a Constituição Federal prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas - salvo ordem judicial: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

O tema é novo e, salvo o citado precedente do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já passados mais de 10 anos, é ainda sujeito a oscilações.

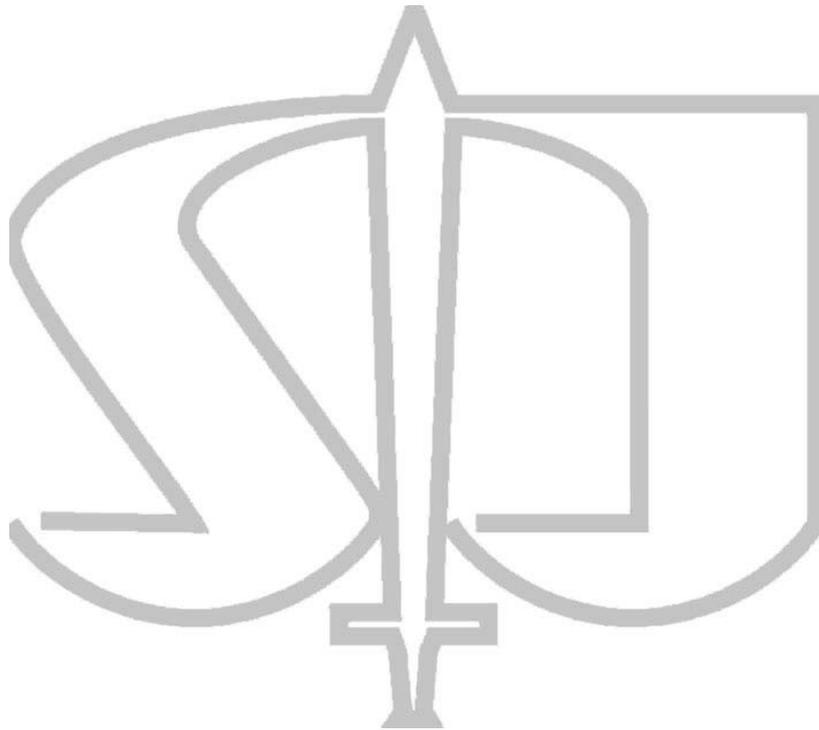
Por ora, e sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito, sigo o entendimento do eminente relator.

Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões *a priori* absolutas

Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, e com essas considerações finais, **acompanho o voto do relator e dou provimento** ao recurso ordinário em habeas corpus, para declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2014/0232367-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 51.531 / RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00045597520148220501 00070839320148220000 2014001030007511

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LERI SOUZA E SILVA

ADVOGADOS : ROBERTO PEREIRA SOUZA E SILVA E OUTRO(S)
BRUNO ESPINEIRA LEMOS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

CORRÉU : FELIPE LIMA PARO

CORRÉU : VITOR HENRIQUE SCHEIDT

CORRÉU : CAIO ARISTIDE DE OLIVEIRA

CORRÉU : MAÍSA MENDES GARCIA DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz dando provimento ao recurso em habeas corpus, pediu vista a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Aguarda o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (art. 162, § 2º, do RISJT).

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 51.531 - RO (2014/0232367-7)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE : LERI SOUZA E SILVA
ADVOGADOS : ROBERTO PEREIRA SOUZA E SILVA E OUTRO(S)
BRUNO ESPINEIRA LEMOS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

VOTO-VISTA

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por Leri Souza e Silva em face de acórdão denegatório da ordem prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, o qual restou assim ementado:

Habeas corpus. Processo Penal. Tráfico de drogas. Prova pericial. Nulidade. Transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho apreendido. Inocorrência de prova ilícita. Ordem Denegada.

1. É válida a transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho celular apreendido com o paciente por ocasião de sua prisão em flagrante pois estes dados não gozam da mesma proteção constitucional de que trata o art. 5º, XII.

2. Ordem denegada.

Dos autos depreende-se que o recorrente foi preso em flagrante no dia 18/03/2014, após o recebimento de denúncia anônima pelas autoridades policiais de que ele receberia, via correios, uma carga de entorpecentes. Realizado o acompanhamento do ato pela polícia militar, tão logo a encomenda lhe foi entregue, o recorrente foi preso na posse de um recipiente contendo 300 (trezentos) comprimidos de *ecstasy*.

Os policiais, então, apreenderam o telefone celular que o recorrente trazia consigo, acessando as informações nele contidas, sem requerer, previamente, autorização da autoridade judicial competente.

A questão examinada no presente feito diz respeito à legitimidade do acesso pela autoridade policial, quando da realização de prisão em flagrante, dos dados armazenados no aparelho celular da pessoa detida, sem a obtenção de autorização judicial prévia.

O Tribunal *a quo* decidiu que a obtenção aos dados existentes no aparelho celular do paciente por ocasião de sua prisão em flagrante não gozam da mesma proteção de que trata o art. 5º, XII, da Constituição, de modo que a prova teria sido obtida validamente.

O Relator, Ministro Néfi Cordeiro, votou pelo provimento do recurso, sendo acompanhado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, que proferiu fundamentado voto-vista. Pedi vista para melhor exame dos autos e, após refletir sobre o tema, acompanho o entendimento manifestado, pelas razões a seguir expostas.

Em primeiro lugar, é de se notar que Tribunal *a quo* tem razão ao consignar

Superior Tribunal de Justiça

que o artigo 5º, XI, da Constituição, ao se referir apenas às *comunicações telefônicas* – ou seja, ao processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre um emissor e um destinatário receptor por via telefônica –, exige autorização judicial unicamente para a captação da própria conversa *no momento em que ela está ocorrendo*. A interceptação telefônica incide sobre o que está acontecendo; a obtenção do registro de outros dados armazenados em aparelhos celulares está voltada a informações ocorridas no passado. Dessa forma, é possível concluir que a parte final do artigo 5º, inciso XII, protege a *comunicação de dados*, não os *dados em si mesmos*.

Isso não significa, por outro lado, que os dados armazenados em um aparelho de telefone celular estejam desprovidos de qualquer proteção constitucional. Pelo contrário. Nos tempos que correm, os chamados *smartphones*, dotados de elevada capacidade de armazenamento e amplas funcionalidades, contém invariavelmente uma elevada quantidade de dados pertinentes à esfera íntima de privacidade do seu titular.

Os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais, como há pouco tempo atrás, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. Tais aparelhos multifuncionais contém hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc. Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho.

É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição. A proteção dos dados armazenados em aparelhos celulares, portanto, é ínsita ao direito fundamental à privacidade.

Tal cláusula, diferentemente daquela estatuída no inciso XII do mesmo artigo 5º, não prevê expressamente a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais nela abarcados. Essa circunstância não autoriza que se argumente, no entanto, pela ilegitimidade de qualquer restrição. Afinal, como é cediço, “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (STF, MS n. 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12/05/2000).

À luz do postulado da unidade da Constituição, que estabelece que todas as normas constitucionais possuem a mesma dignidade e hierarquia, não há como se justificar a preponderância absoluta de alguns direitos, princípios ou interesses sobre outros

Superior Tribunal de Justiça

(GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Thomson-Arazandi, 2003, p. 94). Como expõe Canotilho, “a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003).

E, de fato, existe ao menos um relevante interesse constitucional a indicar a importância do acesso das autoridades de persecução penal aos dados armazenados em aparelhos celulares de pessoas presas em flagrante. Trata-se do direito à segurança pública, estatuído no artigo 144 da Constituição, norma que impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço (RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011). Entre tais condições objetivas se insere, sem dúvida, a existência de mecanismos eficientes de investigação.

Havendo, pois, outro preceito constitucional que se coloca, ao menos parcialmente, em conflito com o direito à intimidade – no que se refere aos dados armazenados em aparelhos celulares –, deve ser levado a cabo um processo de ponderação, que tome em consideração os interesses em jogo.

Nesse processo de ponderação, não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, mas deve haver um esforço para assegurar a aplicação das normas conflitantes, conquanto uma delas tenha de sofrer atenuação.

Em tais casos, a restrição deve obedecer à do princípio da proporcionalidade (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2014. pp. 293-294). É preciso, pois, que a restrição ao direito fundamental se apresente como adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 111-115).

O texto constitucional, ao abranger princípios e interesses conflitantes, reproduz as tensões existentes no seio da sociedade, cabendo ao legislador e ao intérprete encontrar o caminho de consenso através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Na busca da ponderação dos interesses envolvidos na presente situação, deve-se notar que o Supremo Tribunal Federal possui um precedente no qual se admitiu a legalidade da análise pelas autoridades policiais dos últimos registros telefônicos dos aparelhos celulares apreendidos após a prisão em flagrante. Na ocasião, as autoridades policiais encontram ligações realizadas entre o executor de um homicídio e o titular do aparelho telefônico (HC 91867, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 19/09/2012).

Superior Tribunal de Justiça

Como bem observado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, o fato examinado naquele caso ocorreu no ano de 2004, quando os aparelhos celulares não detinham a capacidade funcional e de armazenamento atual, tendo sido verificadas, apenas, as ligações telefônicas recebidas pelo preso em flagrante.

Diante da evolução tecnológica pela qual tais aparelhos passaram, a jurisprudência de diversos países tem voltado a se debater sobre o tema, reconhecendo o alto grau de violação da intimidade inerente ao acesso aos dados neles armazenados.

Como mencionado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, a Suprema Corte dos EUA reconheceu recentemente (*Riley vs. California*, 573 U.S. (2014)) a necessidade de obtenção de uma ordem judicial prévia para que os policiais possam, após a realização de uma prisão ou de uma busca e apreensão, acessar os dados mantidos em um aparelho celular.

O tema, porém, é ainda bastante controverso. Pouco após a prolação da referida decisão nos EUA, a Suprema Corte do Canadá, ao decidir *R. v. Fearon* (2014 SCC 77, [2014] S.C.R. 621), entendeu, por maioria de 4 votos a 3, pela legitimidade do acesso pela polícia aos dados armazenados em aparelho celular, sem a necessidade de prévia ordem judicial, quando realizado tal acesso na sequência de uma prisão em flagrante.

No caso concreto, dois homens – um deles armado com uma espingarda – roubaram uma comerciante enquanto ela transferia joias para o seu carro, fugindo em seguida. No mesmo dia, mais tarde, policiais encontraram o veículo da fuga, prenderam os suspeitos e, ao revistar um deles, encontraram um aparelho celular em seu bolso. Acessando imediatamente os dados constantes no aparelho, encontraram mensagens em que os suspeitos comunicavam que haviam realizado o roubo, bem como algumas fotos, inclusive da espingarda utilizada para a prática do crime. Um dia depois, com base em um mandado judicial de busca e apreensão para o exame do veículo, a espingarda, utilizada no roubo e retratada na foto, foi encontrada. Meses depois, as autoridades policiais requereram e obtiveram judicialmente a quebra do sigilo dos dados telefônicos, mas não foram encontradas novas evidências.

A Suprema Corte canadense admitiu a legitimidade do acesso aos dados incidentalmente à prisão, ainda que sem ordem judicial, e reconheceu a validade das provas obtidas por este meio.

De acordo com o entendimento adotado, a prerrogativa de acesso aos dados do aparelho celular incidente a uma prisão é admitida excepcionalmente, servindo a importantes objetivos da persecução penal, pois auxilia as autoridades policiais na identificação e mitigação de riscos à segurança pública, na localização de armas de fogo e produtos roubados, na identificação e localização de cúmplices dos delitos, na localização e preservação de provas, na prevenção da fuga de suspeitos, na identificação de possíveis riscos às autoridades policiais e na continuidade imediata da investigação. Reconheceu-se

Superior Tribunal de Justiça

a existência de um “elemento de urgência” no acesso aos aparelhos celulares, que sustentam a extensão do poder ínsito à prisão em flagrante.

Por outro lado, consignou-se a necessidade de observância de quatro condições para a legitimidade da medida, com o objetivo de balancear os interesses inerentes à persecução penal e ao direito fundamental à privacidade: a) a prisão tem de ser lícita; b) o acesso aos dados do aparelho celular tem de ser verdadeiramente incidental à prisão, realizado imediatamente após o ato para servir efetivamente aos propósitos da persecução penal, que, nesse contexto, são os de proteger as autoridades policiais, o suspeito ou o público, preservar elementos de prova e, se a investigação puder ser impedida ou prejudicada significativamente, descobrir novas provas; c) a natureza e a extensão da medida tem de ser desenhadas para esses propósitos, o que indica que, em regra, apenas correspondências eletrônicas, textos, fotos e chamadas recentes podem ser escrutinadas; d) finalmente, as autoridades policiais devem tomar notas detalhadas dos dados examinados e de como se deu esse exame, com a indicação dos aplicativos verificados, do propósito, da extensão e do tempo do acesso. Este último requerimento de manutenção de registros da medida auxilia na posterior revisão judicial e permite aos policiais agir em estrito cumprimento às demais condições expostas.

Na Espanha, em 2013 o Tribunal Constitucional decidiu um caso com alguma semelhança (Pleno, *Sentencia 115/2013*, de 9 de maio de 2013 – BOE núm. 133, de 4 de junho de 2013). Autoridades policiais surpreenderam pessoas de posse de um estoque de haxixe, as quais, porém, conseguiram fugir, deixando para trás, além da droga, alguns aparelhos celulares. Vasculhando os dados dos celulares abandonados, sem prévia ordem judicial, as autoridades acessaram a agenda telefônica e conseguiram identificar, localizar e prender uma das pessoas envolvidas.

Na ocasião, o Tribunal Constitucional ressaltou que o caso era de uma “ingerência leve” na intimidade, pois somente a agenda telefônica foi examinada, de modo que, à luz do princípio da proporcionalidade, a medida deveria ser admitida como válida. Consignou-se que a situação seria diversa se o exame houvesse sido aprofundado para outras funções do aparelho, quando então estaria em jogo uma invasão mais substancial da privacidade, a demandar um parâmetro “especialmente rigoroso” de verificação de observância ao princípio da proporcionalidade. Confirma-se trecho ilustrativo dessa preocupação:

Por otra parte conviene también reparar en que la versatilidad tecnológica que han alcanzado los teléfonos móviles convierte a estos terminales en herramientas indispensables en la vida cotidiana con múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, videos, etc.), susceptibles, según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no sólo al derecho al secreto de las

Superior Tribunal de Justiça

comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), lo que implica que el parámetro de control a proyectar sobre la conducta de acceso a dicho instrumento deba ser especialmente riguroso, tanto desde la perspectiva de la existencia de norma legal habilitante, incluyendo la necesaria calidad de la ley, como desde la perspectiva de si la concreta actuación desarrollada al amparo de la ley se ha ejecutado respetando escrupulosamente el principio de proporcionalidad.

A referência à jurisprudência estrangeira tem o propósito de demonstrar que o tema objeto deste recurso, além de controverso, tem sido reexaminado judicialmente mundo afora, justamente em razão dos avanços tecnológicos que permitiram que os aparelhos celulares passassem a constituir verdadeiros depósitos da vida privada de seus proprietários.

O tema ainda suscitará muita discussão na jurisprudência brasileira. Para o caso concreto, penso que a solução proposta pelos Ministros Néfi Cordeiro e Rogério Schietti Cruz se afigura como a mais adequada.

Destaco, a propósito, que a ponderação dos interesses constitucionais em jogo foi realizada, entre nós, essencialmente pelo legislador, que previu, em mais de um dispositivo, o direito à inviolabilidade dos dados armazenados em aparelhos celulares.

Com efeito, a Lei nº 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve, em seu artigo 3º, inciso V, que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito “à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas”.

Já a Lei nº 12.965/14, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê, em seu artigo 7º, III, dentre os direitos assegurados aos usuários da rede mundial, “a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”.

No caso concreto, as autoridades policiais acessaram fotos, imagens e conversas existentes em aplicativo de mensagens instantâneas (*whatsapp*) extraídas do aparelho celular do recorrente. Não se trata, portanto, de verificação de registros das últimas ligações realizadas/recebidas ou de nomes existentes em agenda telefônica, informações tipicamente encontradas nos aparelhos antigos – como nos mencionados casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal (HC 91867) e pelo Tribunal Supremo espanhol (*Sentencia 115/2013*, de 9 de maio de 2013) –, mas de acesso a dados mais profundamente vinculados à intimidade, somente passíveis de armazenamento nos modernos aparelhos multifuncionais.

Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da

Superior Tribunal de Justiça

prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativado recém-abandonado: o acesso *incontinenti* aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado.

Não se encontra no caso dos autos, entretanto, nenhum argumento que pudesse justificar a urgência, em caráter excepcional, no acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular. Pelo contrário, o que transparece é que não haveria prejuízo nenhum às investigações se o aparelho celular fosse imediatamente apreendido – medida perfeitamente válida, nos termos dos incisos II e III do artigo 6º do CPP – e, apenas posteriormente, em deferência ao direito fundamental à intimidade do investigado, fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.

Com isso, seriam observados, em medida proporcional, os interesses constitucionais envolvidos, isto é, o direito difuso à segurança pública (artigo 144) e o direito fundamental à intimidade (artigo 5º, X).

Diante da situação concreta posta no presente recurso, para a validade da obtenção dos dados caberia às autoridades policiais realizar imediatamente a apreensão do aparelho e postular ao Poder Judiciário, subsequentemente, a quebra de sigilo dos dados armazenados no aparelho celular. Não tendo assim procedido, a prova foi obtida de modo inválido, devendo ser desentranhada dos autos, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, acompanho o Relator e **dou provimento** ao recurso.
É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2014/0232367-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 51.531 / RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00045597520148220501 00070839320148220000 2014001030007511

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LERI SOUZA E SILVA

ADVOGADOS : ROBERTO PEREIRA SOUZA E SILVA E OUTRO(S)
BRUNO ESPINEIRA LEMOS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

CORRÉU : FELIPE LIMA PARO

CORRÉU : VITOR HENRIQUE SCHEIDT

CORRÉU : CAIO ARISTIDE DE OLIVEIRA

CORRÉU : MAÍSA MENDES GARCIA DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura dando provimento ao recurso em habeas corpus, sendo acompanhada pelo Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvaram entendimento pessoal a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (art. 162, § 4º do RISTJ).