

APELAÇÃO CRIME. INDEFERIMENTO DE ACESSO AOS DADOS DE APARELHO CELULAR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

O Ministério Público requereu autorização para acessar e extrair os dados de aparelho celular apreendido no interior de estabelecimento prisional. Porém, o telefone já havia sido analisado pelas autoridades, constando na própria petição os elementos que foram encontrados. Em que pese exista posição dos Tribunais Superiores sobre a inviolabilidade dos aparelhos telefônicos sem a prévia autorização judicial, necessária a realização de “distinguishing” no caso concreto, pois o aparelho foi apreendido no interior de estabelecimento prisional, em desacordo com as regras do local, pois vedada a sua utilização aos apenados, **tratando-se de aparelho de origem clandestina**, o que autoriza o seu manejo pelas autoridades. Ademais, quando da apreensão a apenada não alegou ser a proprietária.

RECURSO PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME

SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

Nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (Nº CNJ:
XXXXXXXXXXXXXXXXXX)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELANTE

F. L. R.

APELADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso de apelação para permitir o integral acesso ao aparelho celular apreendido e a realização das diligências necessárias.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (PRESIDENTE E REVISOR) E DES.ª GLAUCIA DIPP DREHER.**

Porto Alegre, 11 de dezembro de 2019.

DR.ª VIVIANE DE FARIA MIRANDA,

Relatora.

RELATÓRIO

DR.ª VIVIANE DE FARIA MIRANDA (RELATORA)

Trata-se recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público, nos autos da **medida cautelar nº XXXXXXXXXXXXXXXX** contra decisão do Juízo de Direito da 17ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, na qual foi indeferido o pedido de análise e extração de dados de aparelho celular apreendido no Estabelecimento Prisional Madre Pelletier.

Em suas razões, o *parquet* discorreu sobre as circunstâncias da apreensão do aparelho celular, indicando que as apenadas que utilizavam o aparelho guardam relação com a facção “bala na cara”. Referiu que a garantia fundamental de inviolabilidade de dados telefônicos e telemáticos **não é absoluta**, requerendo seja reformada a decisão recorrida, destacando que nenhuma das apenadas confirmou ser proprietária do aparelho celular. Por fim, prequestionou diversos dispositivos legais (fls. 02/04).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 99/103).

Subiram os autos ao Tribunal de Justiça, sendo distribuído a esta Relatora.

O parecer do Ministério Público, de lavra do Dr. Gilberto Thums, é pelo provimento do recurso (fls. 108/116).

É o relatório.

VOTOS

DR.ª VIVIANE DE FARIA MIRANDA (RELATORA)

A discussão apresentada nestes autos diz respeito a possibilidade de realizar perícia em aparelho celular apreendido no interior do estabelecimento prisional feminino de Porto Alegre, Madre Pelletier.

O pleito inicial foi indeferido pelo **ilustre Dr. Ruy Rosado de Aguiar Neto**, o qual entendeu que, havendo a devassa dos dados do aparelho celular, sem prévia autorização judicial, não seria possível a ratificação de tal procedimento, conforme segue:

“O Ministério Público requereu autorização judicial para acessar, analisar e extrair os dados constantes do aparelho celular Samsung (**Dados técnicos**), sem chip e cartão de memória, que teria sido encontrado dentro da espuma de uma poltrona de amamentação, em 25/06/2018, durante revista geral realizada na Unidade Materno-Infantil do Presídio Estadual Feminino Madre Pelletier (fls. 02/04).

O teor do ofício de fls. 08/08v e da própria representação do Ministério Público revela que o conteúdo do dispositivo já foi acessado, tanto que há referência a fotos, áudios e conversas de WhatsApp constantes do telefone.

Como se sabe, o acesso a dados de celular e conversas por aplicativo de mensagem depende de prévia autorização judicial. Ausente a autorização prévia, o acesso aos dados implica interceptação não autorizada de comunicações, com contaminação da prova eventualmente obtida.

[...]

Isso posto, indefiro o pedido de fls. 02/04.

Intime-se.

Porto Alegre, 27/05/2019”

Contra tal decisão insurge-se o Ministério Público.

Primeiramente, é importante ressaltar que o entendimento esposado pelo ilustre Juízo *a quo* encontra amparo nos precedentes dos Tribunais Superiores.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou que a devassa de dados dos aparelhos celulares equipara-se a violação do sigilo telefônico, exigindo-se, portanto, prévia autorização judicial, sob pena de anulação da prova obtida.

Sobre o tema, seguem precedentes de ambas as Turmas responsáveis por matéria penal no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABERTURA DE VISTA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. DIREITO DE ARROLAR TESTEMUNHAS. PRECLUSÃO TEMPORAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO COMO ATO INAUGURAL DA INSTRUÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE AFASTADA. FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS PELO JUIZ. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. INOCORRÊNCIA. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR (MENSAGENS DO APLICATIVO WHATSAPP) DURANTE A PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. OUTROS ELEMENTOS DE PROVA INDEPENDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. [...] **6. Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial.** No entanto, o acórdão impugnado apontou outros elementos do acervo probatório independentes da prova armazenada no celular do recorrente a indicar a autoria e a materialidade delitiva, o que impede a nulidade de sua condenação. Entre outros o AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019. 7. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 78.065/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 12/09/2019) Grifei.

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA ILÍCITA. ACESSO A DADOS REGISTRADOS EM APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO ANULADA. PROVAS INDEPENDENTES. NOVO JULGAMENTO NA ORIGEM. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. **1. É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do whatsapp) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular. Precedentes.** 2. Na ausência de elementos hábeis a comprovar o alegado consentimento do Recorrente

com a diligência, deve-se resguardar o devido processo legal com a decretação da nulidade das provas obtidas através do exame direto das conversas mantidas pelo Recorrente no aplicativo WhatsApp sem a necessária e prévia autorização judicial. 3. O acervo probatório presente nos autos não está composto exclusivamente pela prova ora declarada ilícita, havendo outros elementos probatórios, obtidos de maneira independente. Nessa situação, a jurisprudência desta Sexta Turma tem orientado no sentido de que deve ser anulada a condenação, determinando-se ao Juízo de origem que, após desentranhar as provas ilícitas e as dela derivadas, realize um novo julgamento da ação penal. 4. [...]. (REsp 1755974/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019) Grifei.

Por outro lado, o Ministério Público relembra, em suas razões, que os direitos e garantias fundamentais não ostentam natureza absoluta, podendo ser relativizados diante de circunstâncias concretas que assim o exijam. Nesse sentido, entendo importante lembrar lição do constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet, sustentando a possibilidade de limitação dos direitos e garantias fundamentais;

[...] direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais, [...]. Tais hipóteses exigem, no entanto, cautela redobrada por parte dos poderes públicos.¹

Seguindo tal linha de raciocínio, há decisão proferida em sede de liminar de *habeas corpus*, de lavra da Ministra Laurita Vaz, na qual a ilustre Magistrada acenou para a possibilidade de uma relativização maior quando houver a apreensão de aparelho celular no interior de estabelecimento prisional, pois o apenado estaria com os seus direitos restringidos diante pena em execução, sendo ilícita a utilização de aparelho celular naquele local:

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais, notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (org.) **Comentários à constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 202.

“O mencionado entendimento, todavia, deve ser distinguido (*distinguishing*) da situação apresentada nos autos. Os precedentes do STJ concluem pela violação do princípio da privacidade quanto a dados obtidos, sem autorização judicial, de aparelhos celulares no momento da abordagem policial ou na cena do crime, ou seja, em hipóteses em que os suspeitos da conduta criminosa detinham, em tese, a posse legítima dos referidos aparelhos. A discussão ora colocada, todavia, se refere à hipótese em que aparelho celular é encontrado dentro de estabelecimento prisional em explícita violação de norma jurídica que rege o processo de execução penal.”²

Portanto, a decisão em comento propõe um procedimento de diferenciação jurisprudencial, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, o que é conhecido no âmbito doutrinário como *distinguishing*, o qual pode ser compreendido como “[...] a recusa de um órgão judicial em aplicar um precedente a um caso atual por considerar este distinto o bastante, de tal modo que a aplicação do precedente a ele geraria injustiça, tendo em vista as peculiaridades do caso atual.”³.

No caso dos autos, a situação posta em análise é diversa daquela estabelecida pelos Tribunais Superiores, quando analisaram a apreensão de aparelhos celulares em sede de flagrante criminal. O que está sendo ponderado é a apreensão de um aparelho celular dentro de estabelecimento prisional, escondido em uma cadeira de amamentação.

Portanto, tendo em vista que a apenada encontrava-se recolhida a estabelecimento prisional, no qual estava cumprindo pena privativa de liberdade pela prática do delito previsto no artigo 157, § 3º, na forma do artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal⁴,

² HC 546.830/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, Decisão Monocrática, 25/11/2019.

³ FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; JAYME, Fernando Gonzaga; MENDES, Aluisio. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015 – estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim**. Revista dos Tribunais: 2017.

⁴ 001/2.12.0062055-9

1ª Vara Criminal do Foro Regional Partenon da Comarca de Porto Alegre. Proposto em 14/06/2012.

Natureza da Ação: Crimes de Roubo e Extorsão.

--- INQUÉRITO(S) VINCULADO(S) ---

» Inquérito (Policial) número 347/2012, aberto em 09/03/2012, origem: Porto Alegre, POA - 15ª DP

com a liberdade restringida devido à aplicação das sanções penais, definitivas, a situação deve ser analisada de forma diversa.

Na sua condição, a apelada tem o dever de seguir as normas do estabelecimento prisional, não sendo possível falar na inviolabilidade das suas comunicações telefônicas, uma vez que realizadas de forma ilícita em aparelho clandestino. Tal circunstância, vinculada à ilicitude do aparelho utilizado, a meu ver, afasta a proteção constitucional e autoriza o Estado a acessar os dados dos aparelhos mantidos ilegalmente pela apenada dentro do estabelecimento prisional, pois em absoluta afronta as normas vigentes, ausente ilegalidade nos atos praticados até então.

Ademais, é importante ressaltar que, da leitura dos relatórios realizados pela SUSEPE (fls. 08/09), a apelada não confirmou ser a proprietária do aparelho telefônico apreendido, o que levou os agentes de segurança a vasculha-lo, a fim de descobrir a origem, descobrindo relevantes elementos da prática de crimes, inclusive dentro do estabelecimento prisional.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso de apelação para permitir o integral acesso ao aparelho celular apreendido e a realização das diligências necessárias.

--- DELITO(S) ---

- » Dec. Lei nº 2848 de 1996 Art. 157, § 3, cometido em 02/11/2011, número de incidências: 1 e
- » Dec. Lei nº 2848 de 1984 Art. 29, cometido em 02/10/2011, número de incidências: 1 e
- » Dec. Lei nº 2848 de 1984 Art. 14, inc. II, cometido em 02/11/2011, número de incidências: 1
- » Denúncia recebida em 19/10/2012.

--- SENTENÇA(S) ---

- » Sentença Condenatória em 28/04/2016, transitada em julgado em 30/01/2017.
- » Remessa do PEC à VEC em 10/02/2017.

--- PENA(S) APLICADA(S) ---

- » 13 ano(s) e 4 mes(es) de reclusão, regime fechado inicialmente
- » 10 dia(s) de multa a razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a GLAUCIA DIPP DREHER - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA - Presidente - Apelação Crime nº
XXXXXXXXXXXX, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, DERAM
PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO PARA PERMITIR O INTEGRAL ACESSO
AO APARELHO CELULAR APREENDIDO E A REALIZAÇÃO DAS DILIGÊNCIAS
NECESSÁRIAS."

Julgador(a) de 1º Grau: RUY ROSADO DE AGUIAR NETO