



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 891435 - GO (2024/0046710-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : FREDERICO APARECIDO BATISTA
ADVOGADO : FREDERICO APARECIDO BATISTA - MG211066
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : MATHEUS FERREIRA GONÇALVES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MATHEUS FERREIRA GONÇALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Apelação Criminal nº 0140884-07.2019.8.09.0093).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo crime de tráfico de drogas às pena de 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 520 dias-multa, porque tinha em depósito cerca de 37g de maconha para fins de comércio.

No presente *writ*, sustenta a defesa a nulidade da busca pessoal realizada, pois os policiais que realizaram a abordagem acessaram os conteúdos contidos no celular do paciente, sem a devida autorização judicial.

Requer, ao final, seja reconhecida a nulidade das provas obtidas, com a absolvição do paciente.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio. Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada,

para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Acerca do rito a ser adotado para o julgamento desta impetração, as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforme com súmula ou com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contrária (AgRg no HC 513.993/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019; AgRg no HC 475.293/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018; AgRg no HC 499.838/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019; AgRg no HC 426.703/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018 e AgRg no RHC 37.622/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, *uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental (AgRg no HC 268.099/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).*

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet*, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC 324.401/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, *para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como*

por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência pacífica (AgRg no HC 514.048/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019).

Possível, assim, a análise do mérito da impetração, já nesta oportunidade.

Busca-se, no caso, seja reconhecida a nulidade da prova obtida mediante escuta nas mensagens armazenadas no celular do paciente.

A respeito do tema, assim decidiu a Corte de origem (e-STJ fls. 14):

De início, rejeito a alegação de nulidade do processo por suposta devassa do aparelho celular do apelante. Conforme se observa do APF, no dia do fato o apelante foi flagrado pelos policiais militares enquanto ouvia um áudio no aplicativo WhatsApp. Referido áudio era de uma usuária de drogas que havia encomendado do apelante a compra de R\$ 20,00 de maconha.

Diante desse cenário, os policiais solicitaram ao apelante a confirmação do áudio, o que foi prontamente permitido, sendo confirmado que realmente se tratava da venda de uma porção de maconha.

Com efeito, reconheço que “é ilícita a devassa de dados e das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido, por ocasião da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial. Todavia, a prévia autorização pessoal do agente, que espontaneamente digita a senha de acesso aos dados, afasta a apontada nulidade” (REsp1920404/PA, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 11/10/2021).

De qualquer sorte, a condenação está amparada em outros elementos de convicção, tais como a confissão espontânea parcial, admitindo ser o proprietário da droga apreendida, delação de usuária e as circunstâncias específicas da apreensão da substância entorpecente, associado ao fato de ser repetente na conduta, não prosperando o reconhecimento de nulidade.

Seja como for, reafirma-se que “o acesso da polícia às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular, com a devida autorização dos réus, afasta a ilicitude da prova obtida” (AgRgno HC 641.763/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe05/03/2021).

Em primeiro lugar, cumpre lembrar que, conforme o art. 157, caput e § 1º, do Código de Processo Penal, são consideradas inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, assim como aquelas originariamente lícitas, mas que derivam das ilícitas, devendo ser desentranhadas dos autos quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não puderem ser obtidas senão por meio daquelas.

De fato, a situação retratada nos autos não se encontra albergada pelo comando do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, o qual assegura a inviolabilidade

das comunicações, ressaltando a possibilidade de quebra de sigilo telefônico, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela Lei n. 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Note-se que não foram interceptadas as comunicações telefônicas, nem mesmo as mensagens armazenadas no aparelho celular dos acusados, razão pela qual não há se falar em inobservância do art. 7º, incisos II e III, da Lei n. 12.965/2014, a qual estabelece os princípios, garantias e deveres para uso da internet no Brasil.

Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca instantânea de mensagens (dentre eles o WhatsApp), ou mesmo por correio eletrônico, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são, de toda forma, invioláveis, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, só podendo ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.472/97 e do art. 7º da Lei n. 12.965/14.

Assim, 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.

Portanto, constata-se nesse caso, que as informações que dão suporte à pretensão acusatória foram obtidas por meio de violação de normas constitucionais e legais, a revelar a inadmissibilidade da prova, nos termos do art. 157, caput, do Código de Processo Penal, de forma que devem ser desentranhadas dos autos, bem como aquelas derivadas.

Ressalta-se que, atualmente, encontra-se em construção entendimento jurisprudencial no sentido de que, para admissão do argumento do consentimento do proprietário do celular no acesso de mensagens, é necessária a produção de provas, pela acusação, que consigam ir além de meras alegações. Veja-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO AO CELULAR DA CORRÊ E ÀS CONVERSAS DO WHATSAPP ARMAZENDAS NO REFERIDO APARELHO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSENTIMENTO DA CORRÊ. ÔNUS DA PROVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NULIDADE. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem enfatizando, em sucessivos julgados,

que é ilícita a tomada de dados, bem como das conversas de Whatsapp, obtidas diretamente pela autoridade policial em aparelho celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. O contexto descrito especialmente no acórdão, ora impugnado, não demonstrou expressamente a voluntariedade da autorização para o acesso ao aparelho celular da corré Joana. E segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador.

3. Esse mesmo raciocínio vem sendo utilizado por esta Corte Superior de Justiça, em situação semelhante, quanto ao ingresso forçado em domicílio, pois não é suficiente apenas a ocorrência de crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido, para assim justificar a entrada na residência do agente, ou ainda, autorização para que os policiais entrem no domicílio.

4. O depoimento do policial no sentido de que o acesso ao aparelho celular ou até mesmo ao domicílio foi franqueado pelo suspeito não basta, por si só, para validar a prova que porventura venha a ser obtida.

5. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas obtidas no aparelho celular da corré Joana, sem autorização judicial, assim como aquelas dela derivadas, e absolver o paciente da imputação delituosa (art. 386, II, do CPP), referente à Ação Penal n. 0010963-46.2018.8.13.0166, da Vara Única da comarca de Campos Gerais/MG. Os efeitos desta decisão deverão ser estendidos aos corréus que estiverem na mesma situação.

(HC n. 674.185/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE ACESSO A MENSAGENS TROCADAS PELO WHATSAPP. INFORMAÇÕES RELACIONADAS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE. INVIOABILIDADE. ART. 5º, X, DA CARTA MAGNA. ACESSO E UTILIZAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. SUPOSTA PERMISSÃO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE CORROBORAM A VERSÃO DOS POLICIAIS. 2. VÍNCULO ASSOCIATIVO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O exame do aparelho celular do paciente durante o flagrante constitui situação não albergada pelo comando do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, o qual assegura a inviolabilidade das comunicações, por outro lado, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o "WhatsApp"), estão relacionados com a intimidade e a vida privada do indivíduo, o que os torna invioláveis, nos termos do art. 5º, X, da Carta de 1988.

2. A acusação assevera que o acesso ao telefone celular teria sido autorizado pelo próprio acusado. A situação permite a aplicação, por analogia, do entendimento jurisprudencial que está sendo construído nesta Corte Superior acerca do ingresso de policiais no interior de residências nas hipóteses de crime permanente. Sobre esse tema, o Superior Tribunal de Justiça tem exigido, em caso de dúvida, prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento, a ser feita, sempre que possível, com testemunhas e com registro da operação por meio de recursos audiovisuais.

3. Nesse caso, o contexto narrado não traz indicações de que a permissão teria ocorrido livre de constrangimento ou coação, considerando, ainda, a clara situação desfavorável do agravado, abordado por guarnição da Polícia

Militar, trazendo dúvidas quanto à voluntariedade do consentimento, que devem ser dirimidas em favor do acusado.

4. O crime de associação para o tráfico de drogas exige demonstração de animus de associar-se de modo estável e permanente, com o fito de cometer os crimes descritos na Lei n. 11.343/2006. In casu, não é possível constatar indícios apontando a participação do acusado no grupo criminoso, sobretudo quando se excluem os elementos obtidos de maneira ilícita, como mencionado linhas acima.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC n. 154.529/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021.)

In casu, o consentimento do acusado está embasado, única e exclusivamente, nos depoimentos prestados pelas autoridades policiais, não existindo nenhuma outra prova de que a senha foi fornecida pelo proprietário livre e espontaneamente.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem de ofício** para anular a condenação imposta ao paciente nos autos da Ação Penal nº 0140884-07.2019.8.09.0093 (1ª Vara Criminal da Comarca de Jataí/GO), absolvendo-o da prática do crime de tráfico de drogas.

Comunique-se.

Intimem-se.

Brasília, 22 de fevereiro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator