



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2455945 - SC  
(2023/0294934-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE** : MAIQUI DA ROSA DIAS  
**ADVOGADOS** : PEDRO HENRIQUE MONTEIRO - SC050106  
 LAÍS CORRÊA DO LIVRAMENTO - SC065725  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**INTERES.** : DHARLAN CUNHA FERNANDES  
**ADVOGADOS** : EDSON MARIO ROSA JUNIOR - SC048368  
 ALEXSSANDER MULLER CAMARGO - SC064817  
**INTERES.** : LUIZ HENRIQUE SIQUEIRA  
**INTERES.** : EVERTON DA SILVA  
**ADVOGADOS** : EDUARDO FAUSTINA DA ROSA - SC030982  
 JOAO GABRIEL KUNTZE - SC057113  
**INTERES.** : CRISTOPHER STEINHEUSER ALBINO  
**INTERES.** : LUCAS CUNHA MARTINS  
**ADVOGADO** : LUIZ CARLOS ROVARIS - SC004078  
**INTERES.** : NEIVA ADRIANA PETRY MASSOCO

### DECISÃO

**MAIQUI DA ROSA DIAS** interpõe agravo regimental contra decisão de fls. 9.358-9.361, proferida pela Presidência desta Corte Superior de Justiça, que não conheceu do agravo em recurso especial, em razão do enunciado na Súmula n. 182 do STJ.

O agravante alega que, ao contrário do afirmado no *decisum* combatido, impugnou especificamente a incidência das Súmulas n. 7 e 83 do STJ e 284 do STF, de modo que salientou não ser caso de incidência da Súmula n. 182 do STJ.

Requer, assim, a reconsideração da decisão anteriormente proferida ou a

submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado, para que o réu seja absolvido.

Apresentadas as contrarrazões, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do agravo.

**Decido.**

### **I. Juízo de retratação**

De fato, entendo que assiste razão ao agravante quando afirma que a decisão de fls. 9.358-9.361 se **equivocou** ao aplicar a Súmula n. 182 do STJ.

Com efeito, ao ler a peça de fls. 9.125-9.138, observo a devida impugnação dos referidos óbices.

Diante de tais considerações, afasto a incidência do enunciado na Súmula n. 182 do STJ e, dentro do juízo de retratação inerente ao agravo regimental, **reconsidero a decisão de fls. 9.358-9.361**, na extensão e nos termos a seguir aduzidos.

### **II. Contextualização**

Extrai-se dos autos que o ora agravante foi preso preventivamente, em 19/4/2018, pela suposta prática dos delitos de organização criminosa, tráfico de drogas, associação para o tráfico e corrupção de menores, durante o cumprimento de mandados de prisão e de busca e apreensão deferidos no bojo da Operação Fim da Linha.

Após a instrução criminal, o acusado foi condenado a 8 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *c/c* o art. 40, VI, da Lei de Drogas.

Irresignada, a defesa recorreu. O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso.

Em recurso especial (fls. 8.603-8.621), a defesa aponta violação dos arts. 157 e 386, III e VII, ambos do Código de Processo Penal.

Assinala a nulidade da ação penal, por entender que a condenação se baseou em prova ilícita. Afirma que "o celular foi analisado antes mesmo de haver deliberação judicial autorizando a extração de dados, o que configura nítida violação ao sigilo das comunicações telefônicas" (fl. 8.607).

Destaca, ainda, que o arcabouço probatório não conduz à condenação do agravante.

Requer o provimento do recurso, para que seja reconhecida a nulidade das provas e absolvido o réu. De modo subsidiário, pugna para que seja o o paciente absolvido por ausência de provas ou, ainda, para que seja aplicada a minorante do tráfico.

### III. Nulidade do acesso aos dados telefônicos

Quanto à nulidade suscitada neste recurso, o acórdão consignou que (fls. 8.426-8.427, destaquei):

A defesa dos apelantes retro mencionados requer a declaração de nulidade das provas obtidas através do acesso ao telefone celular apreendido com o corréu Emanuel, sob o argumento, em síntese, de que a polícia civil **extraiu dados antes mesmo da autorização judicial**. Inferiram que, por esse motivo, as provas são ilícitas já que toda a investigação decorreu da análise desse celular, razão pela qual todos os atos decorrentes devem ser declarados nulos.

A tese não prospera.

Extrai-se dos autos que o aparelho telefônico celular do corréu Emanuel Cardoso Silvino foi apreendido em 3.2.2018, na ocasião da prisão em flagrante de Hiury da Rocha Paulo. Consta que naquele momento, Emanuel também estava no local, inclusive com dezesseis pontos de LSD, contudo, a Autoridade Policial entendeu que não era o caso de lavrar auto de prisão em flagrante contra Emanuel, mas o celular dele foi apreendido para melhor apuração dos fatos (evento n. 2 dos Autos n. 0000249-85.2018.8.24.0030).

Verifica-se que o acesso e extração de dados foi autorizado pela 2ª Vara da Comarca de Imbituba em 21.2.2018 (Autos n. 0000395-29.2018.8.24.0030). A partir da análise foi confeccionado o Relatório de Investigações n. 12/2018 (evento 11), datado de 10.2.2018.

[...]

No entanto, é cediço também, que **comunicações telefônicas diferem-se dos dados telefônicos**, o que já foi assentado no STF: "não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos" (HC n. 91867, Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2012)

[...]

Assim sendo, no caso, **a mera análise dos registros constantes no aparelho celular do investigado no momento da apreensão não se confunde com a quebra do sigilo**. Inclusive, **a providência dispensa autorização judicial** e exame técnico, pois "o fato de os policiais terem acesso às mensagens de texto contidas no aparelho celular do apelante no momento em que efetuaram a prisão em flagrante, não tem o condão de tornar inválida essa provas" (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.065929-8, de Joinville, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 09-04-2015).

Além disso, como bem destacado pelo Promotor de Justiça, em sede de contrarrazões:

"No caso, **a decisão judicial, ainda que posterior, foi favorável ao acesso, de modo que as provas mantiveram-se íntegras, não havendo falar em nulidade.**

[...]

Nesse sentido, o celular já havia sido devidamente apreendido, no contexto de prisão em flagrante, e a Autoridade Policial já formulara pedido para acessá-los, de modo que inevitavelmente a prova seria descoberta, tanto que houve decisão favorável (fls. 24-26 dos Autos SAJ n. 0000395-29.2018.8.24.0030). Portanto, ainda assim a prova obtida seria considerada válida à luz do instituto da descoberta inevitável, previsto no art. 157, § 2º, do CPP.

Com efeito, considerando que dias após o efetivo acesso houve autorização judicial para tanto e que o aparelho foi apreendido em contexto de prisão em flagrante, não há que se falar em nulidade, já que o acesso ocorreria de toda forma." (evento n. 47 destes autos).

[...]

Vale lembrar, outrossim, que, segundo o art. 563 do Código de Processo Penal, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade **não resultar prejuízo** para a acusação ou para a defesa.

Em suma, as defesas não lograram comprovar a existência de prejuízo em virtude das supostas irregularidades ocorridas ao longo da apreensão e análise dos dados do aparelho celular apreendido, ou qualquer comprovação ou indícios de adulteração do teor das conversas, não havendo que se declarar qualquer nulidade.

Se isso não bastasse, o conteúdo das conversas extraídas dos aparelhos celulares não se mostra como meio isolado de prova.

Logo, afasta-se a proemial aventada.

A questão de direito cinge-se ao reconhecimento da ilicitude das provas

extraídas do aparelho celular dos réus, bem como de todas as que delas decorreram, em razão da violação do sigilo de comunicações via telefone e internet, bem como dos dados armazenados referentes a tais comunicações.

Bem observa Ada Pellegrini Grinover, invocando Nuvolone, que "a intromissão na esfera privada do indivíduo, a pretexto da realização do interesse público, torna-se cada vez mais penetrante e insidiosa, a ponto de ameaçar dissolvê-lo no anônimo e no coletivo, como qualquer produto de massa" (*Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 67).

Com efeito, a fim de preservar, expressamente, a intimidade da pessoa, o art. 5º, XII, da Constituição da República consagrou o direito fundamental relativo à privacidade de comunicação, mediante diversos meios, entre os quais **os telefônicos**. Veja-se:

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 nas formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

**Todavia, no caso das comunicações telefônicas**, a própria ordem constitucional **excepcionou a regra da inviolabilidade**, ao autorizar a sua quebra, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, **desde que determinada por ordem judicial devidamente fundamentada** (art. 93, IX, da Carta Magna), nas formas que a lei estabelecer, a fim de permitir a desarticulação de esquemas criminosos quando os meios tradicionais de investigação não forem eficazes para se chegar a provas consistentes.

Portanto, embora asseguradas, constitucionalmente, a intimidade e a privacidade das pessoas, **o sigilo das comunicações telefônicas não constitui direito absoluto**, pois pode sofrer restrições se **presentes os requisitos exigidos pela Carta Magna e pela Lei n. 9.296/1996**.

A mencionada lei assenta que não será admitida a interceptação se não houver **indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal punida com pena de reclusão**, assim como quando **a prova puder ser obtida por outros meios disponíveis** (a mostrar-se uma medida de exceção).

No caso, pelo trecho anteriormente transcrito, observo que, após prisão em flagrante, foi apreendido celular de corréu e os policiais **acessaram o conteúdo das mensagens existentes no aparelho**.

O Tribunal *a quo*, ao julgar o apelo defensivo, consignou que, apesar do acesso anterior e da confecção de relatório policial datado de 10/2/2018, em 21/2/2018, houve a devida autorização judicial, de modo que não há nulidade.

Contudo, ao contrário do concluído pela instância antecedente, compreendo haver sido **ilícita** a conduta policial e, por consequência, todas as provas que dela decorreram. É evidente que **não houve, na ocasião, a prévia e necessária autorização judicial**.

Ao dispor que "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", o art. 5º, XII, da Constituição estabeleceu uma regra geral de proteção ao sigilo das comunicações telefônicas e criou a possibilidade excepcional da sua relativização, na forma da lei.

Vale dizer, enquadrar-se nos termos da lei (no caso, a Lei n. 9.296/1996) é um requisito para que a quebra do sigilo de comunicações telefônicas seja válida, como ressalva à regra geral de inviolabilidade, pois é só dentro dos limites legais que se admite a relativização da garantia fundamental.

Deveras, ausentes quaisquer das hipóteses que permitissem excepcionar a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, não poderia o agente de segurança pública haver acessado o conteúdo das mensagens gravadas nos

aparelhos celulares dos réus.

É pertinente frisar, outrossim, que:

A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser **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, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante**, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel (REsp n. 1.782.386/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 18/12/2020, grifei).

Registro, também, não identificar, nos documentos constantes dos autos, **nenhum argumento ou situação que pudesse justificar a necessidade e a urgência, em caráter excepcional**, de as autoridades policiais poderem acessar, de imediato (e, portanto, sem prévia autorização judicial), os dados armazenados no aparelho celular do acusado. Ao contrário, o que se depreende, da dinâmica dos fatos e das informações contidas nos autos, é que **não haveria nenhum prejuízo às investigações se os policiais, depois da apreensão do telefone celular, aguardassem a autorização judicial para a quebra do sigilo dos dados nele armazenados**.

Portanto, ausente prévia autorização judicial para acessar os dados do aparelho telefônico, **considero que houve ilegal violação dos dados armazenados no referido celular – e, portanto, violação da intimidade e da vida privada do corréu –, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes**.

Em caso semelhante, já decidiu essa Corte Superior o seguinte:

[...]

1. Os dados armazenados nos aparelhos celulares – envio e recebimento de mensagens via SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens, fotografias etc. –, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são invioláveis, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, só podendo, portanto, ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, com base em decisão devidamente motivada que evidencie a imprescindibilidade da medida, capaz de

justificar a mitigação do direito à intimidade e à privacidade do agente.

2. No caso, por ocasião da própria prisão em flagrante – sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial –, **o policial atendeu o telefone do réu e afirmou que a ligação tratava de um pedido de venda de substância entorpecente**. Na delegacia o celular do réu foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de mensagens de texto que indicavam prévia negociação da venda de entorpecentes, sem, portanto, anterior autorização judicial.

3. A denúncia se apoiou em elementos obtidos a partir da apreensão do celular pela autoridade policial, os quais estão reconhecidamente contaminados pela forma ilícita de sua colheita. Não é possível identificar, com precisão, se houve algum elemento informativo produzido por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável, porquanto o contexto da abordagem do ora recorrente, aliado à quantidade de drogas apreendidas e aos dados obtidos por meio do acesso ao celular do agente, é que formaram a convicção do *Parquet* pelo oferecimento de denúncia pela possível prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

(HC n. 542.293/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 6ª T., DJe 19/12/2019, grifei)

#### IV. Conclusões

Diante de tais considerações, entendo que houve violação das normas constitucionais que consagram direitos fundamentais à inviolabilidade das comunicações, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por consequência, todos os atos dela decorrentes.

É preciso pontuar, contudo, que, a despeito do reconhecimento da ilegalidade da diligência descrita, tal circunstância não conduz à necessária e imediata absolvição do agravante. Isso porque, ao que tudo indica, apesar da apreensão do celular, já estava em curso o inquérito policial que visava apurar a prática de diversos delitos.

Vale dizer, o reconhecimento da ilicitude de tais provas **não tem o condão de macular todo o processo**, porquanto, ao menos pelo que se pode aferir sem o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, há provas **independentes** capazes de, eventualmente, por si sós, sustentar a condenação, o que deverá ser analisado com maior profundidade pelo Juízo de primeiro grau ao

refazer a sentença.

## V. Dispositivo

À vista do exposto, reconsidero a decisão de fls. 9.358-9.361 para **conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial** a fim de reconhecer a **ilicitude das provas colhidas a partir do acesso aos dados constantes do aparelho celular do corréu, bem como de todas as que delas derivaram**, as quais deverão ser desentranhadas do processo. Por conseguinte, **casso a sentença condenatória e determino ao Juízo de primeiro grau que a refaça**, dessa vez sem levar em consideração as provas aqui reconhecidas como ilícitas.

Comunique-se, **com urgência**, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de fevereiro de 2024.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator