



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1782386 - RJ (2018/0315216-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : CARLOS HENRIQUE PAES MENDONÇA
RECORRIDO : CARLOS EDUARDO VERISSIMO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. USO DE DADOS CONTIDOS NA AGENDA TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VALIDADE. SITUAÇÃO NÃO ALBERGADA PELO SIGILO TELEFÔNICO OU TELEMÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A Corte de origem reconheceu a nulidade da prova obtida, haja vista que os policiais militares acessaram a agenda de contatos telefônicos existentes no celular de um dos réus.

2. *"O aparelho celular configura-se, concomitantemente, como um objeto capaz de assegurar a portabilidade de registros e informações de conteúdo pessoal e receptáculo de tecnologias de informação (especialmente aplicativos), que faz o papel de conector entre o usuário e múltiplos veículos de informação e facilitadores"* (Revista Brasileira de Ciências Criminais 2019 – RBCrim nº 156, de autoria do Doutor Ricardo Jacobsen Gloeckner e da Mestre Daniela Dora Eilberg, pág. 359).

3. O inciso XII do art. 5º da Constituição veda o acesso a dados decorrentes de interceptação telefônica ou telemática, ainda que armazenados no aparelho celular, sem a correspondente autorização judicial.

4. No caso, como autorizado pelo Código de Processo Penal – CPP foi apreendido o telefone celular de um acusado e analisados os dados constantes da sua agenda telefônica, a qual não tem a garantia de proteção do sigilo telefônico ou de dados telemáticos, pois a agenda é uma das facilidades oferecidas pelos modernos aparelhos de smartphones a seus usuários.

5. Assim, deve ser reconhecida como válida a prova produzida com o acesso à agenda telefônica do recorrido, com o restabelecimento da sentença condenatória, determinando-se que a Corte *a quo* continue a apreciar a apelação.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2020.

JOEL ILAN PACIORNIK
Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1782386 - RJ (2018/0315216-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
RECORRIDO : **CARLOS HENRIQUE PAES MENDONÇA**
RECORRIDO : **CARLOS EDUARDO VERISSIMO DOS SANTOS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. USO DE DADOS CONTIDOS NA AGENDA TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VALIDADE. SITUAÇÃO NÃO ALBERGADA PELO SIGILO TELEFÔNICO OU TELEMÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A Corte de origem reconheceu a nulidade da prova obtida, haja vista que os policiais militares acessaram a agenda de contatos telefônicos existentes no celular de um dos réus.

2. *"O aparelho celular configura-se, concomitantemente, como um objeto capaz de assegurar a portabilidade de registros e informações de conteúdo pessoal e receptáculo de tecnologias de informação (especialmente aplicativos), que faz o papel de conector entre o usuário e múltiplos veículos de informação e facilitadores"* (Revista Brasileira de Ciências Criminais 2019 – RBCrim nº 156, de autoria do Doutor Ricardo Jacobsen Gloeckner e da Mestre Daniela Dora Eilberg, pág. 359).

3. O inciso XII do art. 5º da Constituição veda o acesso a dados decorrentes de interceptação telefônica ou telemática, ainda que armazenados no aparelho celular, sem a correspondente autorização judicial.

4. No caso, como autorizado pelo Código de Processo Penal – CPP foi apreendido o telefone celular de um acusado e analisados os dados constantes da sua agenda telefônica, a qual não tem a garantia de proteção do sigilo telefônico ou de dados telemáticos, pois a agenda é uma das facilidades oferecidas pelos modernos aparelhos de smartphones a seus usuários.

5. Assim, deve ser reconhecida como válida a prova produzida com o acesso à agenda telefônica do recorrido, com o restabelecimento da sentença condenatória, determinando-se que a Corte *a quo* continue a apreciar a apelação.

6. Recurso especial provido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a" da

Constituição Federal – CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL PARA CONDENAR OS RÉUS PELA PRÁTICA DO DISPOSTO NO ARTIGO 33, CAPUT DA LEI 11.343/06, ABSOLVENDO-OS DA PRÁTICA DO ILÍCITO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 35 DA DA LEI 11.343/06, FIXANDO AS PENAS DO RÉU CARLOS HENRIQUE EM 05 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 DIAS-MULTA, E DO RÉU CARLOS EDUARDO EM 05 ANOS E 08 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 600 DIAS-MULTA. O MINISTÉRIO PÚBLICO INTERPÔS RECURSO DE APELAÇÃO REQUERENDO A CONDENAÇÃO DOS RÉUS TAMBÉM PELO CRIME DISPOSTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/06. A DEFESA DOS RÉUS TAMBÉM RECORREU, REQUERENDO, PRELIMINARMENTE, O RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA OBTIDA NO APARELHO CELULAR DE CARLOS HENRIQUE. NO MÉRITO, REQUER A ABSOLVIÇÃO DOS APELANTES, DIANTE DA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SUBSIDIARIAMENTE, POSTULA A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 33 PARA O TIPIFICADO NO ART. 28, AMBOS DA LEI N° 11.343/06, COM A CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO DOS APELANTES. ALTERNATIVAMENTE, REQUER A REDUÇÃO DA PENA-BASE DO REU CARLOS EDUARDO PARA O SEU MÍNIMO LEGAL; A APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE A CARLOS HENRIQUE, CONDUZINDO A SUA PENA BASE PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL; A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º DA LEI 11343/06, REDUZINDO A PENA EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA; A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS; QUE SEJA CONCEDIDA A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA; QUE SEJA APLICADO O INSTITUTO JURÍDICO DA DETRAÇÃO E QUE SEJA FIXADO REGIME PRISIONAL INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS BRANDO. POR FIM, REQUER A REDUÇÃO DA PENA DE MULTA E A ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. ASSISTE RAZÃO À DEFESA. COM EFEITO, É POSSÍVEL INFERIR QUE O MANUSEIO DO TELEFONE CELULAR APREENDIDO E ARRECADADO EM PODER DO RÉU CARLOS HENRIQUE NÃO FOI AUTORIZADO PELO MESMO. SABE-SE QUE O TELEFONE CELULAR É CAPAZ DE GUARDAR UMA ENORME QUANTIDADE DE DADOS PESSOAIS, COMO POR EXEMPLO: ÁLBUM DE FOTOS, MÚSICA E VÍDEOS PESSOAIS, MENSAGENS TROCADAS POR E-MAILS E MÍDIAS SOCIAIS, COMPROVANTES DE TRANSAÇÕES FINANCEIRAS, APLICATIVO DE BANCOS QUE

PERMITEM O ACESSO AOS DADOS E TRANSAÇÕES, REGISTRO DE CHAMADAS, AGENDA TELEFÔNICA, AGENDA PESSOAL DIGITAL, BLOCO DE NOTAS, PASTAS DE DOCUMENTOS COMPARTILHADAS, HISTÓRICO DE NAVEGAÇÃO NA INTERNET, REGISTRO DE GRAVAÇÕES PESSOAIS E ATÉ DE CONVERSAS. ASSIM, O ACESSO A DADOS PESSOAIS NO CELULAR É CAPAZ DE GERAR UMA NARRATIVA EXTENSA ACERCA DE UM INDIVÍDUO. DESSA FORMA, NA MEDIDA EM QUE A INTIMIDADE ESTÁ RELACIONADA À PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO, NA SUA CAPACIDADE DE LIVREMENTE DESENVOLVER SEU SENSO CRÍTICO E DE AUTODETERMINAÇÃO, O CELULAR NÃO PODE SER DIVORCIADO DO PRINCÍPIO DA INTIMIDADE. O CONTEÚDO DE UM CELULAR REVELA NÃO SÓ INFORMAÇÕES ÍNTIMAS DE SEU POSSUIDOR, MAS TAMBÉM DE TERCEIROS. ALÉM DISSO, O CELULAR NÃO DEVE SER COMPREENDIDO COMO MERO RECEPTÁCULO DE DADOS PESSOAIS, MAS TAMBÉM COMO UMA TECNOLOGIA QUE EFETIVAMENTE ALTERA AS FORMAS DE SER NA SOCIEDADE, RELACIONANDO-SE DE MANEIRA PRÓXIMA COM A PERSONALIDADE, ESTA DEVENDO SER COMPREENDIDA COMO OBJETO DE PROTEÇÃO DA INTIMIDADE. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA FIRMOU ORIENTAÇÃO NO SENTIDO QUE O ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO SUPOSTO AUTOR DE FATO DELITUOSO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, CONSTITUI ILEGALIDADE, POR SE ASSEMELHAR À VIOLAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. ASSIM, PARA QUE OS POLICIAIS MILITARES TIVESSEM ACESSO À AGENDA DE CONTATOS EXISTENTE NO CELULAR DO RECORRENTE CARLOS HENRIQUE, DEVERIAM TER SOLICITADO ORDEM JUDICIAL DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E COMUNICAÇÕES. NESTE CONTEXTO, DEVE INCIDIR A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (ILICITUDE POR DERIVAÇÃO), PORQUE TODAS AS PROVAS DECORRENTES DAQUELAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO SERÃO TAMBÉM CONTAMINADAS PELA ILICITUDE. ASSIM, NÃO HÁ OUTRO CAMINHO, SENÃO A ABSOLVIÇÃO DO RÉU CARLOS HENRIQUE COM FULCRO NO ART. 386, INCISO VII DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DEVENDO SER ESTENDIDO OS EFEITOS DESSA DECISÃO AO CORRÉU CARLOS EDUARDO, NOS TERMOS DO ART. 580 DO CPP. RECURSOS CONHECIDOS PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, E ACATAR A PRELIMINAR ARGUIDA PELA DEFESA E DECLARAR A NULIDADE DA PROVA OBTIDA NO APARELHO CELULAR DE CARLOS HENRIQUE, E, POR CONSEQUÊNCIA, ABSOLVER OS RÉUS, POR AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO, COM FULCRO NO INCISO VII DO ART. 386 DO CPP E JULGAR PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO MINISTERIAL.

EXPEÇA-SE ALVARÁ DE SOLTURA SE POR OUTROS MOTIVOS NÃO ESTIVEREM PRESO" (fls. 493/495).

O *Parquet* aponta violação dos arts. 6º, incisos II e III, e 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, ao argumento de que inexistente nulidade no manuseio pelos policiais, sem autorização judicial, da agenda de celular.

O recurso especial foi admitido, bem como o recurso extraordinário.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 578/587.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, em parecer que recebeu o seguinte sumário:

"RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE DADOS CONSTANTES DE APARELHO CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. APREENSÃO NO MOMENTO DO FLAGRANTE. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 6º, II, III, E 157, CAPUT, E §§ 1º E 2º, DO CPP.

- Nos termos da jurisprudência do STJ, é ilícita a prova obtida por meio de aparelho celular do acusado sem autorização judicial.

Pelo não provimento" (fl. 638).

É o relatório.

VOTO

Para melhor elucidar a questão transcrevo excerto do voto condutor do acórdão recorrido:

"Sabe-se que o telefone celular é capaz de guardar uma enorme quantidade de dados pessoais, como por exemplo: álbum de fotos, música e vídeos pessoais, mensagens trocadas por e-mails e mídias sociais, comprovantes de transações financeiras, aplicativo de bancos que permitem o acesso aos dados e transações, registro de chamadas, agenda telefônica, agenda pessoal digital, bloco de notas, localizador GPS com histórico, pastas de documentos compartilhadas, histórico de navegação na internet, registro de gravações pessoais e até de conversas etc.

Assim, o acesso a dados pessoais no celular é capaz de gerar uma narrativa extensa acerca de um indivíduo. Dessa forma, na medida em que a intimidade está relacionada à personalidade do indivíduo, na sua capacidade de livremente desenvolver seu senso crítico e de autodeterminação, o celular não pode ser divorciado do princípio da intimidade.

O conteúdo de um celular revela não só informações íntimas de seu possuidor, mas também de terceiros. Além disso, o celular não deve ser compreendido

como mero receptáculo de dados pessoais, mas também como uma tecnologia que efetivamente altera as formas de ser na sociedade, relacionando-se de maneira próxima com a personalidade, esta devendo ser compreendida como objeto de proteção da intimidade.

Dessa forma, é ilícita a devassa de dados do aparelho celular de uma pessoa, realizada sem ordem judicial, uma vez que viola a intimidade do agente.

[...]

Assim, para que os policiais militares tivessem acesso à agenda de contatos existente no celular do recorrente, deveriam ter solicitado ordem judicial de quebra de sigilo de dados e comunicações.

Neste contexto, deve incidir a teoria dos frutos da árvore envenenada (ilicitude por derivação), porque todas as provas decorrentes daquelas obtidas por meio ilícito serão também contaminadas pela ilicitude.

Assim, não há outro caminho, senão a absolvição do réu Carlos Henrique com fulcro no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal, devendo ser estendido os efeitos dessa decisão ao corréu Carlos Eduardo, nos termos do art. 580 do CPP.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos, dar provimento ao recurso defensivo, para acolher a preliminar arguida pela defesa e declarar a nulidade da prova obtida no aparelho celular de Carlos Henrique, e, por consequência, absolver os réus, por ausência de provas suficientes para a manutenção da condenação, com fulcro no inciso VII do art. 386 do CPP e julgar prejudicada a análise do recurso ministerial. Expeça-se alvará de soltura se por outros motivos não estiverem preso" (fls. 501/502).

Em suma, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu ser nula a prova obtida pelos policiais ao acessaram a agenda de contatos telefônicos do celular de um dos abordados/conduzidos, futuramente réus na respectiva ação penal,

Todavia, essa tese não deve prevalecer porque o sigilo existente no ordenamento pátrio consagra duas vertentes: o sigilo telefônico e o telemático.

Com efeito, os modernos aparelhos utilizados na telefonia móvel não são simplesmente telefones móveis, mas em razão de possuírem diversas funcionalidades e grande capacidade de armazenamento de informações podem ser considerados um computador portátil com a função de telefone a possibilitar, além da comunicação telefônica, o uso de diversos aplicativos de troca de mensagens, acesso ao correio eletrônico, o armazenamento de vídeos, fotos e textos – recebidos de terceiros ou produzidos pelo próprio dono do aparelho –, bem como o uso das denominadas agendas telefônicas.

Por oportuno, transcrevo o seguinte trecho extraído do artigo: Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços

tecnológicos, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais 2019 – RBCrim nº 156, de autoria do Doutor Ricardo Jacobsen Gloeckner e da Mestre Daniela Dora Eilberg, pág. 359, o qual bem define a natureza jurídica do celular:

"O avanço dos meios tecnológicos impele o direito para panoramas cada vez mais complexos, nos quais a atuação do Estado na persecução de delitos e os direitos de personalidade dos indivíduos entram em rota de colisão. Nesse cenário, os meios de investigação criminal tendem a servir de plataformas tecnológicas que possibilitam ampla acessibilidade e conectividade em uma sociedade da informação. A evolução dos aparelhos celulares e a revolução provocada pelo surgimento dos smartphones garantem certamente que antigos julgados e decisões resultem, com o passar dos anos, insuscetíveis de bem apreender os novos fenômenos tecnológicos, requerendo-se, sempre, a reflexão em torno do novo.

O que deve ser imediatamente bem compreendido é que o aparelho celular configura-se, concomitantemente, como um objeto capaz de assegurar a portabilidade de registros e informações de conteúdo pessoal e receptáculo de tecnologias de informação (especialmente aplicativos), que faz o papel de conector entre o usuário e múltiplos veículos de informação e facilitadores. Dessa maneira, ao mesmo tempo que o celular integra aparatos tecnológicos – câmeras digitais, agendas de contato, calculadoras, gravadores de voz e outros tantos instrumentais –, também acaba por servir como um verdadeiro computador, atuando, então, como uma plataforma tecnológica de integração entre múltiplos canais de comunicação, além de permitir, como dispositivo tecnológico, a utilização de aplicativos de trocas de mensagens (e. g. WhatsApp), de acesso e movimentação de contas bancárias, de aquisição e armazenamento de passagens aéreas, de verificação e utilização de e mails registrados no dispositivo, de acesso às redes sociais como o Facebook.

Portanto, evidentemente o aparelho de telefone celular não se presta unicamente à comunicação por telefone, o que lhe rende uma terminologia enganosa. Apesar da nomenclatura 'telefone celular', os atuais aparelhos (smartphones) são computadores móveis multifuncionais, capazes de servir, também, como instrumentos para ligações telefônicas".

Esta Corte Superior já decidiu que o acesso às informações decorrentes do uso de aplicativos de troca de mensagens, ainda que armazenadas no celular, somente pode se realizado com a prévia autorização judicial.

A esse respeito, julgados recentes da Quinta Turma:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO

MAJORADO. 1. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. NECESSIDADE DE PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. 2. NULIDADE. PROVAS ILÍCITAS. CONFIGURAÇÃO. ACESSO, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, AO CONTEÚDO DO CELULAR APREENDIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO TELEFÔNICO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art.5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF). Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

3. No caso em apreço, as instâncias ordinárias fundamentaram a manutenção da custódia cautelar na necessidade de preservação da ordem pública. Conforme descrito na inicial acusatória, o crime foi cometido em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo e por meio de restrição de liberdade da vítima, demonstrando a necessidade de maior cautela diante de dados concretos, reveladores da gravidade concreta e diferenciada da ação delitiva.

4. **'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' (HC n. 372.762/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 16/10/2017).**

5. É cediço que, nos termos do art. 6º do Código de Processo Penal, assim que tomar conhecimento da prática de uma infração penal, a autoridade policial deverá realizar diversas diligências no sentido de identificar a sua autoria e resguardar o conjunto

probatório, apreendendo, por exemplo, qualquer objeto que tenha relação com o fato investigado. Contudo, é defeso à autoridade policial o acesso, sem autorização judicial aos dados, em especial as conversas do aplicativo WhatsApp, de celular apreendido.

6. Diante da existência de outros elementos de prova, acerca da autoria do delito, não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório, devendo o magistrado de origem analisar o nexo de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

7. Ordem concedida, de ofício, apenas para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do paciente e determinar o seu desentranhamento dos autos, bem como as delas derivadas, a cargo do magistrado de primeiro grau." (HC 588.135/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/09/2020)

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE PROCESSUAL. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE MENSAGENS DE WHATSAPP. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO

1. 'lícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.' (RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado e m 19/04/2016, DJe 09/05/2016) 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido a fim de declarar a nulidade das provas obtidas no celular da recorrente sem autorização judicial, cujo conteúdo deve ser desentranhado dos autos." (RHC 79.452/RR, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 01/09/2017)

E mais alguns recentes da Quinta Turma, apenas para assentar que se trata de entendimento consolidado:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). PROVAS ILÍCITAS. CONFIGURAÇÃO. ACESSO, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, AO CONTEÚDO DO CELULAR APREENDIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO TELEFÔNICO. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. FONTES INDEPENDENTES. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. EXAME A SER FEITO PELO MAGISTRADO DE 1º GRAU. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. **'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'** (HC n. 372.762/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 16/10/2017).

2. **É cediço que, nos termos do art. 6º do Código de Processo Penal, assim que tomar conhecimento da prática de uma infração penal, a autoridade policial deverá realizar diversas diligências no sentido de identificar a sua autoria e resguardar o conjunto probatório, apreendendo, por exemplo, qualquer objeto que tenha relação com o fato investigado. Contudo, é defeso à autoridade policial o acesso, sem autorização judicial aos dados, em especial as conversas do aplicativo WhatsApp, de celular apreendido.**

3. Diante da existência de outros elementos de prova, acerca da autoria do delito, não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório, tampouco em trancamento da ação penal, visto que o § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, excepciona, em matéria de provas ilícitas, a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida.

4. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente provido, apenas, para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos, bem como as delas derivadas, a cargo do magistrado de primeiro grau." (RHC 120.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/02/2020)

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DADOS ARMAZENADOS NO APARELHO CELULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI N. 9.296/96. PROTEÇÃO DAS COMUNICAÇÕES EM FLUXO. DADOS ARMAZENADOS. INFORMAÇÕES RELACIONADAS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE. INVIOABILIDADE. ART. 5º, X, DA CARTA MAGNA. ACESSO E UTILIZAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI N. 9.472/97 E DO ART. 7º DA LEI N. 12.965/14. TELEFONE CELULAR APREENDIDO EM CUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ANÁLISE E

**UTILIZAÇÃO DOS DADOS NELES ARMAZENADOS.
RECURSO NÃO PROVIDO.**

I - O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da República é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/96.

II - Contudo, os dados armazenados nos aparelho celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o 'WhatsApp'), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, no termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Assim, somente podem 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.

III - 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.

[...]

Recurso ordinário não provido" (RHC 77.232/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 16/10/2017)

Há uma exceção bem interessante no que diz respeito à agenda de contatos e registro de chamadas cujo acórdão recente é também da Quinta Turma:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEI Nº 12.850/2013. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSULTA DA AGENDA TELEFÔNICA E REGISTROS DE CHAMADAS EXISTENTES NO APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEGALIDADE DA PROVA. CONDENAÇÃO POR OUTROS MEIOS. PENA-BASE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte Superior entende que a devassa nos dados constantes no aparelho celular, como mensagens de texto e conversas por meio de aplicativos, diretamente pela polícia, sem autorização judicial, constitui meio de prova ilícito e, conseqüentemente, os dados obtidos não podem constituir prova, devendo ser excluídos dos autos.

No entanto, no presente caso, a Corte local

informou ter havido acesso aos registros telefônicos e à agenda do aparelho celular apreendido com um dos envolvidos, dados esses não abarcados pela reserva de jurisdição prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, não podendo se falar em ilegalidade da referida prova.

- Precedentes: AgRg no REsp n. 1.760.815/PR, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 13/11/2018 e HC n. 91.867/PA, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 20/9/2012.

2. Ademais, verifica-se que a pretendida relação entre os dados constantes do aparelho de um dos acusados com as interceptações telefônicas não é certa e absoluta, notadamente diante da existência de informe anônimo, datado de 16/11/2016, noticiando parte dos números interceptados.

3. Além disso, mesmo que assim não fosse, a condenação do acusado não se baseou única e exclusivamente nos dados extraídos do celular em questão, mas em uma série de outros elementos, devidamente acostados aos autos, não podendo falar em ilicitude por derivação das demais provas ("Teoria da árvore envenenada") e, muito menos, em nulidade absoluta do processo.

- No ponto, disse a Corte de origem: Assim, mesmo que se admita que os números cuja interceptação se postulou foram obtidos a partir dos dados extraídos do celular apreendido com Daniel Gomes Paim, como a ilicitude desta prova não abarcou a agenda telefônica e chamadas registradas no aparelho, não haveria qualquer ilicitude das interceptações telefônicas posteriormente realizadas. Não bastasse isso, de notar que a pretendida relação entre os dados constantes do aparelho de Daniel com as interceptações telefônicas não é certa e absoluta, notadamente diante da existência de informe anônimo, datado de 16/11/2016, noticiando parte dos números interceptados, conforme documento da fl. 235. Ademais, a representação policial ora em discussão teve lugar após intensas investigações, inclusive com troca de informações entre Ministério Público, Agência de Inteligência da Polícia Militar e Polícia Civil, após a divulgação pela mídia do surgimento e crescimento da organização criminosa ora denunciada no município de Caxias do Sul, não se baseando única e exclusivamente nos dados extraídos do celular de Daniel Gomes Paim, mas em uma série de outros elementos, devidamente acostados aos autos e que serão melhor analisados mais adiante, não havendo falar em ilicitude por derivação das demais provas e, muito menos, em nulidade absoluta do processo.

4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, a exasperação superior à referida

fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

Na hipótese, em razão dos maus antecedentes (2 condenações transitadas em julgado) e do desvalor da culpabilidade a pena-base foi exasperada em 10 meses para o crime, o que se mostra proporcional e razoável.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1853702/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/06/2020)

E, claro, ainda que se admita a ilegalidade da prova colhida do whatsapp ou mensagens acessados pela polícia sem autorização judicial, isso não implica imediata absolvição, desde que existam outros elementos capazes de fundamentar a condenação:

"AGRAVO REGIMENTAL DEFENSIVO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PROVAS ILÍCITAS. CONFIGURAÇÃO. ACESSO, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, AO CONTEÚDO DO CELULAR APREENDIDO. PELA AUTORIDADE POLICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO TELEFÔNICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FONTES INDEPENDENTES. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Certo é que a jurisprudência deste Tribunal Superior tem se orientado no sentido de que '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' (RHC n. 76.510/RR, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 17/4/2017).

2. Ocorre que, in casu, foi expressamente consignada a existência de provas imaculadas oriundas de fontes independentes hábeis à manutenção do decreto condenatório, o que afasta o pleito de absolvição veiculado.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.808.791/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/09/2020)

Em resumo, não sendo agenda de contatos ou registro de chamada, o entendimento firme de ambas as turmas e, neste caso, do STJ é de considerar ilícita a prova obtida pela polícia quando da abordagem do indivíduo preso em flagrante.

No STF ainda não há posicionamento definitivo, trata-se do tema 977 da repercussão geral, discutido no ARE 1042075.

O julgamento começou, mas o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos

autos agora, 11/11/2020.

Até agora, o ministro Toffoli votou para fixar a tese de que *“É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII)”*.

Por outro lado, os ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin votaram pela tese de que *“O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos (CF, art. 5º, X e XX)”*.

E está nessa, dois votos a um pela ilicitude das provas nesse caso.

Passo, agora, a tratar de um tema paralelo, sobre o encontro fortuito de provas na abordagem policial.

Se as provas foram encontradas por medida ilegal da polícia, elas são, também, nulas, pela teoria da árvore envenenada.

Em outras hipóteses, o STJ admite pacificamente o princípio da serendipidade, mesmo que a medida que ensejou a descoberta acidental das provas tenha sido determinada por autoridade incompetente.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ? STJ. AFASTAMENTO DO ÓBICE SUMULAR. FUNDAMENTOS IMPUGNADOS PELA PARTE. AGRAVO QUE DEVE SER CONHECIDO. SUSTENTAÇÃO ORAL EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE AFASTADA NO DIANTE DO PROVIMENTO DO REGIMENTAL PARA TRAZER À ANÁLISE DO COLEGIADO TESES DO RECURSO ESPECIAL. PRELIMINARES. NULIDADES AFASTADAS. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO. PROVA EMPRESTADA. DELAÇÃO PREMIADA. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. FUNDAMENTOS INATACADOS. SÚMULA N. 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

FUNDAMENTADAS. NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS JULGADOS. CONCURSO MATERIAL. AFASTAMENTO QUE ENVOLVE A INCURSÃO NOS FATOS E PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA. PENAS-BASE EXASPERADAS COM BASE EM FUNDAMENTOS EXTRÍNSECOS AOS TIPOS PENAS. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE VERIFICADA. FRAÇÃO DE 1/8 ADOTADA NA SOMA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES. ENTENDIMENTO MAIS BENÉFICO QUE O ORIENTADO POR ESTA CORTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA. PENA DE MULTA FIXADA DE ACORDO COM O PODER ECONÔMICO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. PERDA DO CARGO. ARTIGOS 92, I, B, DO CÓDIGO PENAL - CP E 2º, PARÁGRAFO 6º, DA LEI N. 12.850/2013. VINCULAÇÃO DA ATIVIDADE CRIMINOSA COM O CARGO OCUPADO. INEXISTENTE. IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO EFEITO SECUNDÁRIO DA PENA. PRECEDENTES. REGIMENTAL PROVIDO. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. *Impugnados os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial, o agravo da parte deve ser conhecido.*

2. *Não obstante se tenha por inviável a sustentação oral em análise de agravo regimental, nos termos do artigo 159 do Regimento Interno desta Corte (AgRg nos EDcl no REsp 1.716.971/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/3/2018, DJe 27/3/2018), por se tratar de análise das teses trazidas no próprio recurso especial no órgão colegiado, com o provimento deste agravo regimental, se torna possível o direito da defesa.*

3. *Quanto à incompetência absoluta do juízo que homologou as delações premiadas, restou consignado pelo Tribunal de Justiça que aquelas provas foram utilizadas como emprestadas, respeitados o contraditório e a ampla defesa. Fora reforçado que o seu deferimento ocorreu no bojo da audiência de instrução, na presença das defesas e, que, após a instrução, estas se silenciaram. Tais argumentos sequer foram impugnados nas razões recursais, o que por si só já implica na incidência da Súmula n. 283 do STF.*

4. *"É firme a jurisprudência desta Corte no sentido da possibilidade de utilização do conteúdo de depoimento obtido em ação penal diversa como prova emprestada, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa, em homenagem aos princípios constitucionais da economia processual e da unidade da jurisdição" (AgRg no HC 407.500/AL, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 26/6/2018, DJe 2/8/2018), tal qual se deu no*

caso concreto.

5. Ademais, eventual afastamento da prova não teria o condão, por si só, de ilidir a condenação, que está embasada em outros elementos coligidos aos autos, notadamente nas anteriores informações colhidas pela denominada Operação Q.I. da GAECO, que constatou a existência de uma associação criminosa envolvendo esquemas fraudatórios em concursos públicos e licitações, bem como o envolvimento em crimes de corrupção, todos com atuação do recorrente.

6. O acordo de colaboração não se confunde com seu conteúdo, razão pela qual as informações prestadas pelo colaborador podem se referir a crimes ou pessoas diversas do objeto inicial da investigação, ficando configurado, nessa hipótese, o encontro fortuito de provas.

Como consequência da serendipidade, aplica-se a teoria do juízo aparente, segundo a qual não há nulidade na colheita de elementos de convicção autorizada por juiz até então competente para supervisionar a investigação. (Rcl 31629 / PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJe 28/9/2017).

7. Não se evidencia carência de fundamentação nas decisões que autorizaram as interceptações telefônicas, porquanto lastreadas em suporte probatório prévio e especialmente na necessidade e utilidade da medida, pois não se vislumbra à época outras medidas complementares, diante da dificuldade de investigação do caso, nos termos da Lei 9.296/96.

8. No que se refere à apontada nulidade da interceptação telemática, não se vislumbra como alterar o julgado estadual, uma vez que expressamente afirmada a inexistência de irregularidade. Pensar de outra forma demandaria a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra impeco na Súmula n. 7/STJ. A incidência do óbice sumular, neste ponto, afasta a possibilidade de conhecimento da divergência jurisprudencial, em razão da própria dissonância entre as situações fáticas.

9. A Corte Estadual afastou a continuidade delitiva, sob o fundamento inquestionável de que se tratou de habitualidade criminosa, o que inviabilizaria o tratamento mais vantajoso permitido pela ficção jurídica tratada no art. 71 do Código Penal.

Assim, evidenciada hipótese de reiteração delitiva, apta à configurar o concurso material entre os delitos, para infirmar tal conclusão seria necessário novo exame do contexto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita, a teor da Súmula n. 7/STJ.

10. Quanto à dosimetria, para o crime de organização criminosa, as razões para a elevação da pena-base, em 1/8, estão pautadas na negatização de duas das circunstâncias judiciais ? culpabilidade acentuada, na medida em que a empreitada capturou integralmente o Poder Executivo e afetou todas as áreas

de atuação da municipalidade, notadamente licitação e contratos públicos, inclusive desvios de renda que seria aplicada na merenda escolar e no fato do recorrente possuir graduação acadêmica, que se elegeu prefeito e liderou a organização. Além disso, consignado que a conduta social teve desvalia na maior reprovação do fato no meio social, atentando contra o equilíbrio do mercado. Os mesmos argumentos foram utilizados para a elevação da pena do crime de organização criminosa, em 1/8.

11. No que toca à apontada divergência jurisprudencial, que abarca a desproporcionalidade da fração aplicada na exasperação das penas-base, também não há razões para modificar o entendimento do Tribunal a quo, porquanto a fração adotada para o aumento das reprimendas, no caso, em 1/8, fora aplicada considerando a existência de duas circunstâncias agravantes, o que difere dos precedentes citados como paradigmáticos.

12. Não é demais lembrar que a doutrina e jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 da mínima estipulada e outro de 1/8 a incidir sobre o intervalo de condenação previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador.

13. No que toca à aplicação da pena de multa, não se pode modificar os critérios adotados pela Corte originária, sob pena de incursão no universo fático-probatório da demanda (Súmula n. 7/STJ), porquanto consignado que "o réu tem poderio econômico, desvia uma fortuna dos cofres públicos, vem de família abastada, de sorte que o valor do dia-multa veio a ser acertadamente fixado em 2 salários-mínimos, resguardado o cálculo diferenciado para o crime previsto no Lei n. 8.666/93, que observa regra própria".

14. No que se refere à perda do cargo, *in casu*, o agravante, além de prefeito, era professor na ETEC ? Escola Técnica Estadual Laurindo Alves de Queiroz, autarquia estadual CEETEPS - Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza e, quando da condenação, por não ser mais titular do mandato eletivo, o Tribunal de Justiça houve por bem decretar a perda do cargo de professor, nos termos do art. 92, I, b, do CP e art. 2º, parágrafo 6º, da Lei n. 12.850/2013.

15. No silêncio do legislador quanto à vinculação da prática criminosa ao cargo/função públicos ocupado pelo agente para fins de aplicação da medida, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que "(...)a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ele, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito" (HC 482458/ SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 5/11/2019).

16. Nos termos da jurisprudência desta Corte, necessária a reforma do aresto hostilizado para que seja afastado o efeito secundário da condenação, previsto no art. 92, I, do CP, em favor do recorrente, no que se refere ao cargo de professor da ETEC - Escola Técnica Estadual

Laurindo Alves de Queiroz, já que os delitos praticados o foram na condição de prefeito municipal.

17. Agravo regimental provido, agravo conhecido e recurso especial parcialmente provido." (AgRg no AREsp 1.652.779/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 28/09/2020)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO DETERMINADA POR JUÍZO ESTADUAL. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE DELITOS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. POSTERIOR REMESSA À JUSTIÇA FEDERAL. JUÍZO APARENTE. SERENDIPIDADE. VALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS DURANTE O CUMPRIMENTO DA MEDIDA. JUÍZO ATÉ ENTÃO COMPETENTE PARA AS INVESTIGAÇÕES. RECURSO DESPROVIDO.

I - Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que 'como consequência da serendipidade, aplica-se a teoria do juízo aparente, segundo a qual não há nulidade na colheita de elementos de convicção autorizada por juiz até então competente para supervisionar a investigação'. (Rcl 31.629/PR, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/09/2017, grifei).

II - In casu, o Juízo do 1º Tribunal do Júri de São Paulo/SP, autorizou a medida de busca e apreensão a fim de apurar a suposta prática do delito de tentativa de homicídio, e, com os elementos de provas obtidos, revelaram-se indícios da prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional (evasão de divisas), ensejando a remessa dos autos à Justiça Federal.

III - Conclui-se que, pela própria moldura fática existente até aquele momento - investigação de suposto crime contra a vida -, não há qualquer eiva de nulidade na busca e apreensão deferida pela Justiça Estadual, pois, tanto a serendipidade, quanto a competência do Juízo aparente mantêm a licitude das provas obtidas durante o cumprimento da medida constritiva.

Recurso ordinário desprovido." (RHC 67.468/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/03/2018)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PREVARICAÇÃO. DESCOBERTA FORTUITA. PROVA VÁLIDA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE,

DESPROVIDO.

1. **A prova resultante da descoberta fortuita é lícita, ainda que envolva agente com prerrogativa de foro (serendipidade).**

2. *'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.'* (Súmula 282/STF).

3. *No caso de substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa, o prazo prescricional será o mesmo que aquele referente à pena privativa (inciso II do art. 114 do CP). Nestes termos, não ocorreu a prescrição no caso concreto.*

4. *Revolver o dolo do agente, as suas condutas e a robustez da prova demandaria necessário reexame do acervo fático-probatório, o que não encontra amparo no enunciado da Súmula n. 7/STJ.*

5. *Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido."* (AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.606.801/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/08/2018)

Interessantemente a linha desenhada no sentido de ser possível usar as provas fortuitamente encontradas em interceptação telefônica, a qual somente é autorizada para investigar crimes puníveis com reclusão, ainda que o novo crime descoberto seja punível com detenção:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FRAUDE OU FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 90 DA LEI 8.666/93. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL. ILEGALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO E FISCAL. MATÉRIA TRATADA NO HC 63.886/PA E RMS19.593/PA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Descabe falar-se em nulidade das provas, quando obtidas a partir interceptação telefônica, realizada em fase inquisitorial de investigação de crime punido com pena de reclusão, em que se obtém encontro fortuito de provas de outros delitos, punidos com pena de detenção.

II - É lícita a utilização de prova emprestada quando há o preenchimento de todas as exigências legais em sua colheita e submissão da prova ao crivo do contraditório judicial.

III - A quebra do sigilo fiscal foi realizada de acordo com os requisitos exigidos por lei, constatados indícios de autoria da infração penal de fatos investigados punidos com pena de reclusão, presentes autorização judicial e a constatação da impossibilidade de realização da prova por

outros meios.

IV - *Inadmissível recurso especial que pretenda o revolvimento do conjunto fático-probatório com o fim de obter a revisão do julgamento realizado nas instâncias ordinárias, sob o fundamento de que não foi identificada conduta do réu que se subsuma ao tipo pela do art. 90 da Lei 8.666/93, passando à margem das provas válidas, testemunhais e documentais, produzidas, invocadas e que dão sustentação à conclusão das instâncias ordinárias pela condenação.*

V - *Deve ser mantida a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, o que impede sua revisão, exceto se ocorrer evidente desproporcionalidade.*

Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.717.551/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 30/05/2018)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE O ARESTO RECORRIDO E O PARADIGMA APONTADO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA JUDICIALMENTE AUTORIZADA. DESCOBERTA DE OUTROS FATOS TÍPICOS E PESSOAS DIFERENTES ENVOLVIDAS. SERENDIPIDADE. FATO LEGÍTIMO. PREVENÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O conhecimento do recurso especial interposto pela alínea 'c' do permissivo constitucional reclama a realização do cotejo analítico e a comprovação da similitude fática entre o aresto recorrido e o trazido à colação, o que não ocorreu na presente hipótese.

2. O denominado encontro fortuito de provas (serendipidade) é fato legítimo. No caso concreto, houve a descoberta, em interceptação telefônica judicialmente autorizada, do envolvimento de pessoas diferentes daquelas inicialmente investigadas.

3. Ademais, inafastável a incidência do verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ, pois tendo o Tribunal de origem concluído que não havia conexão entre os fatos, entender de forma diversa demandaria o reexame das provas, o que é vedado em recurso especial.

4. *Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.397.156/PR, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 28/11/2019)*

E acaso a polícia constate crime em flagrante, é lícito que invadam a residência do réu durante o flagrante e todas as demais provas que forem ali encontradas também serão lícitas:

"RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. SERENDIPIDADE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA A ENTRADA EM DOMICÍLIO EM QUE FOI DESCOBERTA FORTUITAMENTE ATIVIDADE CRIMINOSA, DURANTE O CUMPRIMENTO DE DILIGÊNCIAS EM OUTRA RESIDÊNCIA. NULIDADE DO FLAGRANTE NÃO CONFIGURADA. INSUFICIÊNCIA DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ÔNUS DA DEFESA. ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A descoberta fortuita (serendipidade) de conduta criminosa, durante a realização de diligências para apuração de outros fatos, legitima a prisão em flagrante e, conseqüentemente, a entrada em domicílio sem mandado judicial, notadamente para que os agentes estatais cumpram o seu munus de interromper atividades ilegais. Na hipótese, os policiais militares flagraram o manejo de aparelhos para a transmissão clandestina de telecomunicações porque a porta do imóvel em que a conduta desenvolvia-se estava aberta, em momento que realizavam diligências em outra residência, para apurar denúncia de maus tratos. 2. A regra prevista no art. 563, do Código de Processo Penal é a positivação do dogma fundamental da disciplina das nulidades, de que o reconhecimento de vício que enseja a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo por parte da Defesa (pas de nullité sans grief). Na espécie, o Recorrente não se desincumbiu desse ônus, pois a despeito de alegar insuficiência de defesa porque a tese de nulidade do flagrante não foi ventilada na resposta à acusação, tal ponto foi analisado posteriormente, na sentença, após ter sido desenvolvido nas alegações finais.

3. Recurso desprovido." (RHC 98.182/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 01/04/2019)

Em suma, o encontro fortuito de provas é amplamente aceito

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). PROVAS ILÍCITAS. CONFIGURAÇÃO. ACESSO, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, AO CONTEÚDO DO CELULAR APREENDIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO TELEFÔNICO. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. FONTES INDEPENDENTES. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. EXAME A SER FEITO PELO MAGISTRADO DE 1º GRAU. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. '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' (HC n. 372.762/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 16/10/2017).

2. É cediço que, nos termos do art. 6º do Código de Processo Penal, assim que tomar conhecimento da prática de uma infração penal, a autoridade policial deverá realizar diversas diligências no sentido de identificar a sua autoria e resguardar o conjunto probatório, apreendendo, por exemplo, qualquer objeto que tenha relação com o fato investigado. Contudo, é defeso à autoridade policial o acesso, sem autorização judicial aos dados, em especial as conversas do aplicativo WhatsApp, de celular apreendido.

3. Diante da existência de outros elementos de prova, acerca da autoria do delito, não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório, tampouco em trancamento da ação penal, visto que o § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, excepciona, em matéria de provas ilícitas, a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida.

4. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente provido, apenas, para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos, bem como as delas derivadas, a cargo do magistrado de primeiro grau." (RHC 120.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/2/2020)

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICIALIDADE. SÚMULA 52/STJ. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ACESSO AOS DADOS CONTIDOS NO APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. ALEGADA AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. ART. 5º, X E XII, DA CF. ART. 7º DA LEI N. 12.965/2014. OBSERVÂNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 'Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo' (Súmula 52/STJ).

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, a prisão preventiva foi devidamente fundamentada na necessidade de se resguardar a ordem pública, em face da periculosidade do recorrente, pois inserido na senda criminosa, evidência que se denota pelos registros em seu histórico criminal, estando foragido do sistema prisional, de modo que a medida se destina a evitar a reiteração delitiva.

4. 'Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade' (RHC 107.238/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 12/3/2019).

5. A medida constritiva é reforçada diante da gravidade concreta da conduta, porquanto, em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, abordou homem que estava defronte à sua residência. Ao anunciar o assalto, a vítima entrou em estado de choque, sendo dela subtraído um celular, ao tempo que atingiram-na com disparo de arma de fogo, levando-a ao óbito.

6. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a periculosidade do agente, evidenciada no modus operandi do delito, é fundamento idôneo para justificar a prisão preventiva, tendo como escopo o resguardo da ordem pública, como ocorreu na espécie.

7. A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial.

8. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da internet no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, bem como de suas comunicações privadas armazenadas.

9. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audível, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

10. 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. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 9/10/2015).

11. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso exige prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas por redes sociais, tais como o whatsapp, sem a devida

autorização judicial, revela-se ilegal.

12. Hipótese que, além da autorização pessoal do agente infrator, que digitou a senha para acesso aos dados celulares, foi deferido judicialmente, na decisão da prisão preventiva, o acesso aos dados contidos no aparelho celular, inexistindo, destarte, a alegada inobservância dos preceitos de estatura constitucional que conferem tutela à intimidade e à vida privada.

13. *Recurso não provido.*" (RHC 102.093/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23/8/2019)

Destarte, pode-se concluir que o inciso XII do art. 5º da Constituição veda o acesso a dados decorrentes de interceptação telefônica ou telemática, ainda que armazenados no aparelho celular, sem a correspondente autorização judicial.

Todavia, a agenda de contatos telefônicos não se inclui nesta proteção, por ter sido compilada pelo proprietário do celular, haja vista que essas informações não são decorrentes de comunicação telefônica ou telemática.

O inciso XII do art. 5º da Constituição Federal possui a seguinte dicção:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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;"

Como visto, este inciso protege as comunicações de dados e telefônicas, sem mencionar nada a respeito da agenda do aparelho celular.

Na hipótese, os policiais militares montaram campana em um conhecido ponto de venda de drogas e após ver um dos integrantes da dupla ir por duas vezes a um terreno baldio, trazer algo e entregar a terceiros, realizaram a abordagem e localizaram drogas e dinheiro com os dois comparsas, além de ter apreendido o aparelho celular do denunciado Henrique e manejando referido aparelho *"localizando na agenda telefônica o número e o nome de indivíduos relacionados ao tráfico de drogas na comarca, além de um número salvo como 'viciado'. (fl. 4)".*

Os incisos II, e III do art. 6º do Código de Processo Penal – CPP autorizam a autoridade policial, no caso da ocorrência de uma infração penal, *"apreender os objetos que tiverem relação com o fato"*, bem como *"colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias"*.

No caso, como autorizado pelo CPP foi apreendido o telefone celular de um acusado e analisados os dados constantes da sua agenda telefônica, a qual não tem a garantia de proteção do sigilo telefônico ou de dados telemáticos, pois a agenda é uma das facilidades oferecidas pelos modernos aparelhos de smartphones a seus usuários.

Com efeito, antes do avanço tecnológico as pessoas tinham que anotar os contatos dos números de telefones em agendas físicas e nunca houve contestação na apreensão deste objeto, sendo que o avanço tecnológico não pode oferecer uma garantia que a agenda nunca teve e não está prevista na Constituição Federal ou no Marco Civil da *Internet*.

Assim, verifica-se que o agente policial agiu no estrito cumprimento de seu dever legal com a apreensão de todos os objetos que tinham relação com o tráfico de drogas.

Por oportuno, cumpre transcrever, ainda, excelente voto-vista da Eminente Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, prolatado no RHC 51.531/RO, Sexta Turma, publicado em 9/5/2016, o qual não obstante ter anulado as provas extraídas do aplicativo Whatsapp, discutiu com grande sabedoria as novas questões acerca da validade das provas contidas nos aparelhos celulares apreendidos pela autoridade policial, *verbis*:

"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 ao 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).

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 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.

[...]

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 segredo 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'.

[...]

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 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 cativeiro recém-abandonado: o acesso incontinenti aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do

sequestrado."

Assim, deve ser reconhecida como válida a prova produzida com o acesso à agenda telefônica do recorrido, com o restabelecimento da sentença condenatória, determinando-se que a Corte *a quo* continue a apreciar a apelação.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação, ficando prejudicado o recurso extraordinário.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2018/0315216-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.782.386 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010066420128190051 10066420128190051 201825400856

PAUTA: 15/12/2020

JULGADO: 15/12/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : CARLOS HENRIQUE PAES MENDONÇA
RECORRIDO : CARLOS EDUARDO VERISSIMO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

PRESENTE NA VIDEOCONFERÊNCIA: DR. ORLANDO CARLOS NEVES BELÉM -
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (P/RECTE: MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO)

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.