



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 774349 - SC (2022/0309609-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : BRUNO WILLIAN SOARES LOPES (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS VÁLIDAS. 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. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A devassa 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, que forneceu a senha aos policiais. A situação permite a aplicação, por analogia, do entendimento jurisprudencial que está em construção 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 vem revertendo o ônus da prova e exigindo, 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. *In casu*, 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. Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de dezembro de 2022.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 774349 - SC (2022/0309609-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : BRUNO WILLIAN SOARES LOPES (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS VÁLIDAS. 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. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A devassa 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, que forneceu a senha aos policiais. A situação permite a aplicação, por analogia, do entendimento jurisprudencial que está em construção 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 vem revertendo o ônus da prova e exigindo, 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. *In casu*, 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. Agravo regimental provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha relatoria (e-STJ fls.710/722) que não conheceu o *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mantendo a condenação de Bruno Willian Soares Lopes pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, c/c art. 40, inc. VI, da Lei n. 11.343/2006 no *quantum* de 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, com cumprimento inicial em regime semiaberto, sem possibilidade de substituição por restritivas de direitos.

O agravante afirma que a decisão está em desacordo com a atual jurisprudência deste Tribunal Superior, devendo ser reformada para acolher a tese de que, durante abordagens policiais e sem prévia autorização judicial, constitui violação à garantia fundamental à privacidade e ao sigilo de dados a devassa de dados celulares, ainda que o acusado informe aos agentes a senha do dispositivo investigado.

Requer, portanto, *o reconhecimento da ilegalidade do acórdão para que, declarando-se a ilicitude das provas originariamente maculadas, o paciente seja absolvido do crime de tráfico de drogas, em razão da ausência de provas válidas (CPP, art. 386, II, V e VII).*

Subsidiariamente, requer o reconhecimento da ilegalidade do acórdão para determinar a nulidade da sentença condenatória, devendo outra ser proferida, após o desentranhamento das provas obtidas por violação ao conteúdo das mensagens do celular apreendido no momento da prisão em flagrante, bem como as demais provas contaminadas, a serem valoradas pelo Juízo de primeiro grau (e-STJ, fl. 731).

Finalmente, insiste ser necessário o restabelecimento da sentença na parte que concedeu o benefício do tráfico privilegiado, devendo ser afastada a fundamentação, em acórdão, que levou à conclusão pela habitualidade delitiva do paciente e, de tal sorte, entendeu que este não se amoldava à figura pretendida pelo legislador como destinatário da benesse.

É o relatório.

VOTO

A decisão que não conheceu o *habeas corpus* (e-STJ, fls. 710/722), o fez sob os seguintes fundamentos:

Quanto ao pleito de nulidade das provas obtidas pelos policiais no momento do flagrante, eis o entendimento dos magistrados de 1ª e 2ª instância, respectivamente (e-STJ, fls 74 e 25/26):

2. 1. Da ilegalidade da produção da prova

A defesa sustentou a nulidade do ato de apreensão dos aparelhos celulares encontrados na posse do acusado e posteriores exames periciais neles realizados, sob a alegação de que os agentes públicos teriam acessado o conteúdo do aparelho celular do réu sem adverti-lo, anteriormente, do direito ao silêncio.

Inicialmente, destaco que, ouvido em juízo, o Policial Militar Fernando, responsável pela abordagem, afirmou que o réu consentiu com o acesso ao seu celular pois pretendia explicar a procedência da alta quantia em dinheiro apreendida (Evento 130).

Demais disso, não se verificam nos autos quaisquer ilegalidades por parte da conduta dos policiais, já que visualizaram as mensagens incriminadoras no celular do réu após franqueado o acesso por ele. Embora a defesa tenha alegado o contrário, não fez nenhuma prova nos autos para fazer frente a suas afirmações.

Sabido, outrossim, que a palavra dos policiais, que têm fé pública, prepondera sobre a mera alegação de que a interceptação foi realizada sem autorização.

Ultrapassada essa questão, passo ao exame do mérito.

1. O Acusado Bruno Willian Soares Lopes invoca, preliminarmente, a nulidade da apreensão do entorpecente e das provas obtidas mediante devassa unilateral dos dados existentes no aparelho celular, uma vez que não foi advertido pelos Policiais Militares do direito ao silêncio e de não se autoincriminar.

Sem razão, porém.

Revela o acervo probatório que os Policiais Militares Fernando Poeta Vieira e César Augusto Nascimento efetuavam rondas na Avenida Milton Leite da Costa, no bairro Canasvieiras, nesta Capital, momento em que avistaram o veículo Fiat/Palio, placas LZA-3136, em local conhecido pela prática do comércio de entorpecentes.

Diante das fundadas suspeitas da ocorrência de crime no automotor os Policiais deram ordem de abordagem aos seus tripulantes, identificados como sendo o Acusado Bruno Willian Soares Lopes e o Adolescente L. de S. da S. Após submetê-los a revista pessoal, apreenderam uma porção de maconha (com massa bruta total de 16g) e um cigarro de idêntico conteúdo em poder do Adolescente, o qual confidenciou ter adquirido de Bruno Willian Soares Lopes. Já na posse do Acusado foram localizados R\$ 110,00 em espécie e dois aparelhos celulares, além da quantia de R\$ 13.300,00 no interior do porta-luvas

do veículo.

Enfatiza-se que o Policial Militar Fernando Poeta Vieira esclareceu, sob o crivo do contraditório, que o Acusado Bruno Willian Soares Lopes franqueou espontaneamente o acesso ao aparelho celular, pois pretendia explicar a origem da alta quantia em dinheiro encontrado no automóvel (Evento 130).

Delibera o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RHC. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO. ACESSO AOS DADOS DO CELULAR. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ACESSO LIBERADO PELO RECORRENTE. UTILIZAÇÃO MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VÍCIO NO CONSENTIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O entendimento desta eg. Corte Superior e 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" (AgRg no HC 391.080/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017) (HC n. 468.968/PR, Sexta Turma, ReR Min Laurita Vaz, DJe de 20/5/2019, grifei)." (AgRg no HC 692.391/PR, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe 26/11/2021).

2. No caso em exame, como analisado pelo Tribunal de origem, o próprio agravante teria concedido a autorização para acesso às mensagens, inclusive fornecendo a senha. Além disso, foi deferida autorização judicial, por ocasião do oferecimento da denúncia, para a validação do conteúdo do aparelho celular.

3. Quanto ao suposto vício de vontade do paciente ao conceder autorização de acesso ao conteúdo do celular, por se sentir intimidado, além de não ter sido debatido pelas instâncias ordinárias, não caberia na presente via processual, por se tratar de inovação recursal, o que é vedado em sede de agravo regimental.

4. A decisão de quebra de sigilo telefônico não exige fundamentação exaustiva. Assim, pode o magistrado decretar a medida mediante fundamentação concisa e sucinta, desde que demonstre a existência dos requisitos autorizadores da interceptação telefônica (AgRg no AREsp 1.789.984/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021) (e-STJ fl. 506).

5. Na espécie, a decisão de primeiro grau indicou que o recorrente foi preso em flagrante com entorpecente e em local para realizar o tráfico de drogas, bem ainda apresentou justificativa válida para ter acessos ao conteúdo das mensagens armazenadas no aparelho de telefone apreendido, mencionando as fundadas razões de que o celular poderia ter sido utilizado como meio de difusão ilícita de entorpecentes. Ainda, como registrado na manifestação ministerial, adotada pelo juízo para deferir o pedido, o recorrente já vinha sendo investigado há mais de um mês pela Polícia e teria admitido o comércio de maconha orgânica, entorpecente com teor de THC mais elevado. Ausência de constrangimento ilegal. Precedentes do STJ: 6. Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 151.292, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25.2.22).

Ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ACESSO AOS DADOS CONTIDOS NO APARELHO CELULAR DO PACIENTE. AUTORIZAÇÃO INOCORRÊNCIA. DO ACUSADO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. INVASÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DE FUNDADAS RAZÕES. MONITORAMENTO PRÉVIO PELAFULIC,14. DUSIMLII -CIA. GAUSA. ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. BALANÇA DE PRECISÃO ENCONTRADA NA RESIDÊNCIA DO PACIENTE. REEXAME FÁTICO -PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Como á de conhecimento, esta Corte Superior possui pacífica jurisprudência no sentido de 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 (AgRg no HC 391.080/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turna, julgado em 12/6/2017, DJe de 9/6/2017).

2. Na hipótese, não há falar em nulidade em razão do acesso aos dados armazenados no aparelho celular do ora agravante, oportunidade na qual a guarnição policial teve acesso à conversa com o usuário de entorpecentes identificado como Ismael sobre transação de drogas, visto que, conforme foi consignado pela Corte local, o próprio agravante franqueou aos policiais o acesso aos dados constantes em seu celular, mediante o fornecimento de sua senha pessoal, o que torna a necessidade de autorização judicial prescindível. 3. 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, ressalvando 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.

4. Ressalta-se que, no caso, os dados obtidos por meio do aparelho telefônico do paciente não foram os únicos alicerces da sua condenação pelo crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Entender de modo contrário ao estabelecido pelas instâncias ordinárias, como pretende a defesa, demandaria o revolvimento do material fático-probatório dos autos, o que á inviável na via eleita.

5. Segundo pacífica jurisprudência do STF e do STJ, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (Justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência á que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

6. Não se constatou a alegada nulidade por invasão ao domicílio do acusado, tendo em vista que o Tribunal de origem validou a ação policial, diante da demonstração de justa causa (fundadas razões), em especial pela prévia atividade policial, oportunidade na qual o paciente, antes da entrada dos agentes estatais no imóvel, foi monitorado e abordado pelos policiais em atividade suspeita, possuindo 120 gramas de maconha.

7. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a

dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

8. No caso, não foram atendidos os requisitos necessários para o reconhecimento do tráfico privilegiado, visto que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o paciente se dedicava à atividade criminosa, haja vista não apenas a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos - 437 gramas de maconha e 229 gramas de haxixe -, mas também em razão da presença de petrechos de mercancia, como uma balança de precisão. Com efeito, a jurisprudência desta Corte tem entendido que a apreensão de grande quantidade e variedade de drogas juntamente com balança de precisão permitem concluir a dedicação à atividade criminosa do acusado. Precedentes do STJ: AgRg no HC 596.077/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe de 20/10/2020; AgRg no HC 580.625/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 21/9/2020; AgRg no AREsp 1.591.547/RO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 4/8/2020, DJe de 19/8/2020.

9. Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus (HC 420.837/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/11/2017, DJe de 1º/12/2017).

10. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 706.273, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 29.4.22).

Além disso, em 21.3.17, a Autoridade Judiciária de Primeiro Grau deferiu a quebra do sigilo telefônico e determinou a realização de perícia nos aparelhos celulares confiscados (Evento 8), a fim de "acessar o teor das mensagens, enviadas e recebidas; a listagem de chamadas, efetuadas e recebidas; fotos armazenadas; informações de redes sociais; agenda telefônica e principalmente diálogos do aplicativo 'Whatsapp' ou similar, restrito ao meses de 01 de janeiro a 04 de fevereiro de 2014 e que tenham aparente relação com o tráfico de Drogas", o que foi validado com a superveniência dos laudos periciais 9100.17.01641 e 9100.19.2688 (Eventos 38 e 78).

Especialmente sobre o direito a não se autoincriminar, a Corte da Cidadania orienta que "não se exige que o direito a não se autoincriminar seja anunciado pela autoridade policial no decorrer de diligências que culminam com a prisão em flagrante de algum investigado" (REsp 1.627.549/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 9.4.18).

Já no tocante à advertência quanto ao direito ao silêncio, o Superior Tribunal de Justiça delibera:

Quanto ao "aviso de Miranda" (advertência dos policiais quanto ao direito constitucional ao silêncio), o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo (RHC 67.730/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04/05/2016). No caso, o Tribunal de origem afirmou

expressamente que o paciente, quando de seu interrogatório na fase policial, manifestou o desejo de falar somente em juízo, bem como suas declarações extrajudiciais não foram utilizadas como fundamento único para condenação, o que afasta o reconhecimento da nulidade apontada (HC 614.339, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 9.2.21).

Por tudo isso, rechaça-se a preliminar deduzida no apelo.

Diante do exposto, tem-se que o pleito defensivo não merece prosperar.

Ora, como já verificado nas instâncias anteriores, o acesso ao celular do acusado, no momento da prisão em flagrante, só foi possível porque o próprio paciente forneceu a senha de seu aparelho, concedendo aos policiais o acesso às suas mensagens.

Tal autorização, por parte do proprietário, afasta a ilegalidade arguida pela defesa e, a fim de desconstruir essa premissa circunstancial, exigir-se-ia extensa incursão no conjunto fático-probatório, incabível na via eleita.

Imperioso ressaltar, enfim, que não é a autorização judicial posterior que afasta a ilegalidade das provas colhidas em flagrante, mas sim a permissão conferida pelo paciente quando da sua abordagem.

Em casos análogos, assim já decidiu esta Corte Superior:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS EXTRAÍDAS DO CELULAR. INOCORRÊNCIA. ACESSO PERMITIDO PELO RÉU AOS POLICIAIS. APARELHO APREENDIDO E REGULARMENTE PERICIADO MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "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 (AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).

2 Hipótese em que não há que se falar em ilicitude das provas obtidas pelo acesso ao celular, pois, além de o paciente ter mostrado espontaneamente às mensagens de áudio aos policiais, o aparelho foi apreendido e regularmente periciado mediante autorização judicial.

3. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade.

4. No caso, a pena-base foi exasperada em 10 meses de reclusão com fundamento nos maus antecedentes do paciente, diante do registro de condenações definitivas anteriores, extintas há mais de 5 anos do cometimento do delito em apreço, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15

anos).

5. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organização criminosa.

6. Sendo o paciente portador de maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes.

7. Embora a pena tenha sido fixada em patamar superior a 4 e não excedente a 8 anos, a aferição de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) recomenda a imposição do regime fechado, nos exatos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 560.442/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 29/3/2021.)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ACESSO ÀS MENSAGENS DE TEXTO VIA WHATSAPP AUTORIZADA PELO PROPRIETÁRIO DO APARELHO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. 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, o do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, bem como o de suas comunicações privadas armazenadas.

3. Hipótese em que o acesso às conversas dos aplicativos no celular pelos policiais foi permitido pelo corréu, sendo certo que não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir a conclusão das instâncias ordinárias, porquanto demandaria profunda incursão no conjunto fático-probatório, inviável nessa via eleita.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, em sede de habeas corpus, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao impetrante apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado, o que não se verifica na espécie.

5. Recurso em habeas corpus não provido. (RHC 81.297/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017)

Não obstante os precedentes colacionados na decisão, verifico que, atualmente, encontra-se em construção entendimento jurisprudencial no sentido de que, para admissão do argumento do consentimento do proprietário, 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 CORRÉ E ÀS CONVERSAS DO WHATSAPP ARMAZENDAS NO REFERIDO APARELHO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSENTIMENTO DA

CORRÉ. 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.)

A inovação leva em conta que, apesar da palavra do policial estar imbuída de fé pública, a posição do suspeito em situações flagranciais é de vulnerabilidade, não podendo ser desconsiderado o forte estresse a que está submetido, quão menos a influência exercida pela autoridade policial.

Assim, este Tribunal passou a demandar cuidado redobrado, por parte dos julgadores, ao analisar a legalidade de diligências realizadas durante a abordagem policial, especialmente aquelas que envolvem direitos fundamentais, revertendo-se o ônus da prova quando o consentimento do acusado é questionado.

Por todo o exposto, razão assiste à defesa.

***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.**

Atualmente, ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem como 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.

Apesar da presença de 13.000,00 reais no porta-luvas do veículo, a alegação

dos agentes de que o acusado forneceu a senha em uma tentativa de comprovar a origem lícita do dinheiro e evitar seu perdimento, à luz da inovação jurisprudencial são explicitamente exigidos outros meios de prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento a fim de acolher teses acusatórias de tal natureza e permitir o uso de dados celulares obtidos durante o flagrante.

De tal sorte, reconheço a necessidade de reforma da decisão anterior para que seja reconhecida a incompatibilidade do acórdão impugnado com a atual jurisprudência desta Corte e, por derradeiro, para que seja declarada a nulidade da sentença condenatória, embasada em prova ilícita.

Finalmente, acolhido o pleito pela absolvição, declaro prejudicados os demais pedidos.

Diante do exposto, **dou provimento** ao agravo regimental para anular a condenação imposta nos autos da Ação Penal de n. 0000188-85.2017.8.24.0023 e, conseqüentemente, absolver, por ausência de provas válidas, o paciente Bruno Willian Soares Lopes.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0309609-2

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
HC 774.349 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001888520178240023 1888520178240023

EM MESA

JULGADO: 06/12/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : BRUNO WILLIAN SOARES LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : BRUNO WILLIAN SOARES LOPES (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.