



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 792531 - SP (2022/0400704-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSE ROBERTO DA SILVA
ADVOGADOS : JOSÉ ALBINO NETO E OUTRO - SP275310
MARIA CAROLINA RUIZ MARQUES - SP465297
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. 1. BUSCA E APREENSÃO. QUEBRA DO SIGILO DA ESPOSA DO COINVESTIGADO. MEDIDA NÃO AUTORIZADA. NULIDADE DA PROVA. 2. CELULAR TAMBÉM UTILIZADO PELO COINVESTIGADO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DIMINUI A PROTEÇÃO À INTIMIDADE DE TERCEIRO. 3. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O ingresso no domicílio de uma pessoa investigada não autoriza a devassa indiscriminada do sigilo de dados telefônicos de terceiros não investigados. Ora, se trata de direito constitucionalmente protegido que depende de decisão judicial concretamente fundamentada para que possa ser mitigado, o que não se verifica na hipótese dos autos.

2. O fato de o celular ser utilizado **também** pelo paciente e não **exclusivamente** não diminui a proteção à intimidade da sua esposa. Com efeito, identificada a utilização do telefone da esposa também pelo paciente, seria necessário determinar de forma específica a quebra do mencionado sigilo e não de forma abrangente como quer levar a crer a fundamentação declinada pela Corte local.

- Conforme amplamente firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é cediço que o resultado da diligência não justifica a ausência de autorização judicial específica. Com efeito, "o fato de terem sido encontrados objetos ilícitos não convalida a abordagem policial". (HC n. 728.920/GO, Relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e

João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de fevereiro de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 792531 - SP (2022/0400704-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSE ROBERTO DA SILVA
ADVOGADOS : JOSÉ ALBINO NETO E OUTRO - SP275310
MARIA CAROLINA RUIZ MARQUES - SP465297
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. 1. BUSCA E APREENSÃO. QUEBRA DO SIGILO DA ESPOSA DO COINVESTIGADO. MEDIDA NÃO AUTORIZADA. NULIDADE DA PROVA. 2. CELULAR TAMBÉM UTILIZADO PELO COINVESTIGADO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DIMINUI A PROTEÇÃO À INTIMIDADE DE TERCEIRO. 3. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O ingresso no domicílio de uma pessoa investigada não autoriza a devassa indiscriminada do sigilo de dados telefônicos de terceiros não investigados. Ora, se trata de direito constitucionalmente protegido que depende de decisão judicial concretamente fundamentada para que possa ser mitigado, o que não se verifica na hipótese dos autos.

2. O fato de o celular ser utilizado **também** pelo paciente e não **exclusivamente** não diminui a proteção à intimidade da sua esposa. Com efeito, identificada a utilização do telefone da esposa também pelo paciente, seria necessário determinar de forma específica a quebra do mencionado sigilo e não de forma abrangente como quer levar a crer a fundamentação declinada pela Corte local.

- Conforme amplamente firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é cediço que o resultado da diligência não justifica a ausência de autorização judicial específica. Com efeito, "o fato de terem sido encontrados objetos ilícitos não convalida a abordagem policial". (HC n. 728.920/GO, Relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO

FEDERAL contra decisão monocrática, da minha lavra, que não conheceu do *mandamus*, mas **concedeu a ordem de ofício**, para restabelecer a decisão de 1º grau.

O agravante aduz, em síntese, que a decisão que determinou a busca e apreensão autorizou o acesso a todos os aparelhos encontrados na residência e que o aparelho celular era efetivamente utilizado pelo coinvestigado. No mais, aponta que no *Habeas Corpus* n. 786.555/SP, também de minha Relatoria, o acesso ao aparelho de Noely foi considerado válido.

Pugna, assim, pelo provimento do presente agravo regimental.

O agravado apresentou impugnação às e-STJ fls. 498/503.

É o relatório.

VOTO

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme explicitado na decisão monocrática, o impetrante pugnavia, em síntese, pelo restabelecimento da decisão do Magistrado de origem, que reconheceu a nulidade das provas obtidas por meio da indevida quebra de sigilo de dados da esposa de coinvestigado, uma vez que a diligência não constava do mandado.

Compulsando os autos, verificou-se que o Magistrado de origem considerou nulas as provas obtidas por meio da quebra do sigilo da esposa de coinvestigado, registrando que (e-STJ fls. 43/44):

Ao afirmar que "apenas com a verificação e extração da informação da memória do aparelho é que se poderá aferir a relevância da informação para a investigação", a decisão se refere aos bens e indivíduos cujo afastamento do sigilo já foram deferidos. Ou seja, deferido o acesso ao aparelho celular de Bruno, será verificado se seu conteúdo possui interesse para a investigação. A decisão não pode ser interpretada como carta branca para que as autoridades tenham o poder de quebrar o sigilo de terceiros para, posteriormente, ser feito o juízo de pertinência e utilidade. Este juízo deve ser anterior, fundamentando a decisão que defere a quebra do sigilo.

Entender de modo diverso tornaria letra morta todas as disposições legais que protegem o direito ao sigilo. Se a autoridade tem poder para primeiro verificar o conteúdo dos aparelhos, e depois argumentar pela necessidade de afastamento do sigilo, então a princípio já foi violado o direito ao sigilo de dados.

No presente caso, conforme se verifica em fls. 2180 e seguintes, a decisão judicial que autorizou o afastamento do sigilo dos dados de Bruno também considerou que, com relação a Noely, "não foi apresentado qualquer endereço ligado única e exclusivamente a ela, bem como elementos materiais de prova a justificar a medida restritiva de direito individual". Ao deferir a busca e apreensão, constou apenas "BRUNO FERNANDO DE LIMA FLOR: endereço residencial: RUA AUGUSTO FETZER, 157, VILA EMA,

SÃO PAULO/SP".

É evidente, portanto, que não foi autorizada judicialmente a quebra do sigilo dos dados de Noely.

O fato de Bruno também utilizar o celular de Noely não dispensa a autorização judicial da quebra de sigilo dela. Ressalta-se, inclusive, que a utilização por Bruno só foi confirmada após a quebra do sigilo de dados de Noely, que necessitava de prévia autorização judicial expressa para ser lícita. De fato, é verossímil a alegação de que tanto Bruno quanto Noely utilizariam o celular um do outro, dado que são companheiros e residem juntos. Contudo, **não se permite, a partir de tal fato, flexibilização dos requisitos da quebra de sigilo.** Ora, se é conhecido que tanto Noely quanto Bruno utilizavam o celular, para seu acesso é preciso que a decisão judicial afaste o sigilo de ambos. Se a decisão judicial afastou o sigilo apenas de Bruno, não pode a autoridade policial ou o Ministério Público quebrar sigilo de Noely, ainda que o aparelho seja utilizado também por Bruno.

A título de exemplo, citem-se as inúmeras medidas cautelares relacionadas a casos de lavagem de dinheiro que correm neste juízo: apesar de serem conhecidos os "donos de fato" dos valores branqueados, a quebra do sigilo bancário ainda deve ser deferida expressamente em face do "laranja", para que seja lícita.

Trata-se de conclusão inafastável diante da excepcionalidade das medidas cautelares de quebra de sigilo, que só podem ser autorizadas quando imprescindíveis para a investigação, e submetidas a diversas formalidades cujo descumprimento acarretam sua nulidade. A sistemática das quebras de sigilo tem como principal escopo a proteção do direito individual dos investigados. É uma limitação ao poder do Estado, e não pode ser interpretada de forma a flexibilizar e aumentar o poder de intervenção da autoridade estatal.

Independentemente de ter Bruno utilizado ou não o celular de Noely, deve-se questionar: foi violado o sigilo dos dados de Noely? A resposta é afirmativa, e não consta dos autos decisão judicial expressa afastando o sigilo de Noely. As provas colhidas a partir da quebra do sigilo de dados de Noely são, portanto, nulas, violando os incisos X e XII da Constituição Federal.

Diante do exposto, DECLARO A NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS no celular de Noely e dele decorrentes, conforme artigo 157 do Código de Processo Penal.

A fim de evitar tumulto processual, por ora aguarde-se trânsito em julgado da presente decisão, para posterior manifestação quanto ao desentranhamento.

Sem prejuízo, desde já manifeste-se a defesa, em quinze dias, indicando quais documentos pretende desentranhar.

A Corte local, no entanto, deu provimento ao recurso do Ministério Público, consignando que (e-STJ fls. 29/31):

No caso ora sob análise, contudo, como bem pontuado nas razões recursais, o acesso "in loco" aos dispositivos eletrônicos eventualmente encontrados no endereço de Bruno (em que Noely também residia) foi expressamente autorizado na decisão que deferiu as diligências de busca e apreensão ali realizadas (v. fls. 2979/2742 dos autos nº 1015758-51.2020.8.26.0050 e trechos reproduzidos às fls. 30/31 dos presentes autos).

De fato, embora nenhuma medida restritiva tenha sido deferida em desfavor de Noely na referida decisão (v. fl. 2679), o "acesso aos aparelhos eletrônicos porventura apreendidos" naquela mesma residência restou autorizado expressamente, inclusive "o exame e extração, in loco, de conteúdo de todos aparelhos celulares, smartphones, tablets, computadores e demais dispositivos tecnológicos, incluindo-se memória interna, cartões de

memória, unidades de backup e armazenamento remoto em nuvem (Apple iCloud, Google Drive, Microsoft OneDrive, DropBox e similares), aplicativos de conversa (Whatsapp, Telegram, Messenger, Skype e outros), visando a obtenção do maior êxito da diligência e em atenção ao atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma, RHC 67.379-RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2016)” (fl. 2731 dos autos nº 1015758-51.2020.8.26.0050). (g.n.).

E, não bastando isso, o exame do vasto conteúdo das mensagens transcritas nos autos do mencionado procedimento investigatório criminal evidencia, de modo inequívoco, que **o investigado Bruno fazia uso efetivo e reiterado daquele aparelho, inclusive para negociar a venda de entorpecentes junto a terceiros (v. “prints” reproduzidos às fls. 24/28)**, cabendo realçar que esse mesmo investigado restou condenado (de modo ainda não definitivo) pela prática do delito de tráfico de drogas, no bojo da ação penal nº 1005394-83.2021.8.26.0050.

Ora, é forçoso convir que a mera propriedade formal do aparelho por parte de Noely, ainda que tivesse restado cabalmente provada nos autos, não teria o condão de modificar o fato de que **a sua posse real era compartilhada entre ela e o investigado Bruno**. Isso porque a conclusão no sentido inverso significaria admitir que as investigações criminais ficassem obstadas por artifícios simples e de emprego corriqueiro no âmbito das organizações criminosas, como é o caso de atribuição da propriedade de bens e direitos de seus integrantes a “laranjas”. Aliás, é conhecido “modus operandi” dessa espécie de atividade criminosa a utilização de familiares e outras pessoas próximas para ocultar os seus rastros e garantir a impunidade de seus responsáveis.

No tocante à argumentação tecida pela i. Magistrada a quo no sentido de que a referida prova seria ilícita pelo simples porque o acesso ao conteúdo armazenado no aparelho celular teria implicado, também, violação à intimidade de Noely, **cabe registrar que parcela significativa das conversas mantidas por ela com terceiros tinha como objeto fatos diretamente relacionados aos graves delitos apurados na ação penal originária envolvendo, inclusive, a menção a valores a serem entregues a agentes policiais** (v. “prints” e transcrições de mensagens de áudio às fls. 08/13, 15 e 18/24) , não podendo servir a tutela do seu direito à intimidade como escudo para cancelar a continuidade dessas mesmas atividades criminosas.

É que, como é amplamente sabido, a Constituição Federal, ao estabelecer a proteção à intimidade (art. 5º, X e XII), não lhe confere caráter absoluto, sendo certo que esse direito fundamental pode sofrer restrições ante a necessidade de preservação de outros direitos e interesses de igual estatura, como é o caso dos interesses públicos relacionados à prevenção e repressão da prática de crimes, e conforme expressamente autorizado pelos incisos II, III e VII do artigo 6º do Código de Processo Penal.

Em situações como essa, em que há colisão entre direitos fundamentais de conteúdos diversos, deve o Magistrado lançar mão da técnica da ponderação de interesses, a qual, segundo o ensinamento de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998, pág. 1109), tem como escopo, “em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens”. Vale dizer: “as ideias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (balancing) surgem em todo o lado onde haja necessidade de 'encontrar o Direito' para resolver 'casos de tensão' (Ossembühl) entre bens juridicamente protegidos”.

De modo análogo, e tratando especificamente do valor relativo do direito à privacidade, leciona LUIZ FLÁVIO GOMES (Crime Organizado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 122) que “o que se deve evitar a todo custo é a arbitrariedade ou o abuso ou a ilegalidade. Quando fundadas razões

autorizarem, pode-se quebrar o sigilo da vida privada”.

Em suma, embora seja vedada a violação à intimidade sem justa causa para tanto, a Constituição não impede que isso ocorra quando as medidas de restrição se revelem indispensáveis para a elucidação de atividades criminosas como ocorre na hipótese dos autos.

Nessas condições, não há que se falar, “in casu”, em violação desarrazoada da intimidade de qualquer das pessoas citadas, sendo de rigor o afastamento da nulidade proclamada na origem.

De uma leitura atenta do voto acima transcrito, verificou-se que a Corte local registrou, em um primeiro momento, que a decisão de 1º grau havia autorizado o acesso ao telefone da esposa do coinvestigado, porquanto encontrado no local da busca e apreensão, embora a diligência não fosse direcionada à sua pessoa. Consignou, no mais, que o telefone era utilizado **também** pelo paciente, o que autorizaria o acesso ao seu conteúdo e, por fim, afirmou que como a esposa utilizava o telefone para praticar crimes, não teria sua intimidade protegida.

De pronto, reafirmo que o primeiro fundamento utilizado pela Corte local não pode ser mantido, uma vez que **o ingresso no domicílio de uma pessoa investigada** não autoriza a devassa indiscriminada do sigilo de dados telefônicos de terceiros não investigados. Ora, se trata de direito constitucionalmente protegido que depende de decisão judicial concretamente fundamentada para que possa ser mitigado, o que não se verifica na hipótese dos autos.

Por oportuno:

Ao dispor que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal", o art. 5º, XII, da Constituição estabeleceu uma regra geral de proteção ao sigilo das comunicações telefônicas e criou a possibilidade excepcional da sua relativização, na forma da lei. Vale dizer, enquadrar-se nos termos da lei (no caso, a Lei n. 9.296/1996) é um requisito para que a quebra do sigilo de comunicações telefônicas seja válida, como ressalva à regra geral de inviolabilidade, pois é só dentro dos limites legais que se admite a relativização da garantia fundamental. Em contrapartida, violar esse sigilo fora das hipóteses previstas pelo legislador implica a ilicitude da diligência, e não a sua validade. (HC n. 695.895/MS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.)

No que concerne ao fato de o celular ser utilizado **também** pelo paciente e não **exclusivamente**, reitero que se trata de circunstância que não diminui a proteção à intimidade da sua esposa. Com efeito, identificada a utilização do telefone da esposa também pelo paciente, seria necessário determinar de forma específica a quebra do

mencionado sigilo e não de forma abrangente como quer levar a crer a fundamentação declinada pela Corte local.

Por fim, conforme amplamente firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é cediço que o resultado da diligência não justifica a ausência de autorização judicial específica. Com efeito, "o fato de terem sido encontrados objetos ilícitos não convalida a abordagem policial". (HC n. 728.920/GO, Relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022).

A propósito:

*PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCUSSÃO. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. TERCEIROS NÃO DENUNCIADOS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE CRIME. SERENDIPIDADE. INAPLICÁVEL AO CASO CONCRETO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. É lícita a prova resultante da descoberta fortuíta da alegada participação de alguém, até então desconhecido, na prática de crime, a partir de diligência de quebra de sigilo realizada para investigação de outro delito (serendipidade). 2. O Ministério Público, contudo, pretende obter o histórico telefônico de terceiros, que simplesmente efetuaram ligações para os alvos das interceptações, sem demonstrar a presença de indícios da participação dessas pessoas estranhas à ação penal em qualquer atividade delitativa. 3. Correta, portanto, a decisão do Juízo de primeiro grau, mantida pelo Tribunal de Justiça, uma vez que a medida postulada não se apresenta razoável ou proporcional, mas, bem ao contrário, **atenta contra a privacidade de quem, até prova do contrário, não guarda relação com o processo criminal.** 4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. (RMS n. 32.597/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/4/2016, DJe de 15/4/2016.)*

Reafirmo que, conforme bem destacado pelo Magistrado de origem, "a decisão não pode ser interpretada como carta branca para que as autoridades tenham o poder de quebrar o sigilo de terceiros para, posteriormente, ser feito o juízo de pertinência e utilidade. Este juízo deve ser anterior, fundamentando a decisão que defere a quebra do sigilo".

Por fim, no que concerne ao *Habeas Corpus* n. 786.555/SP, também de minha Relatoria, impetrado por corrêus, verifico que foi homologado pedido de desistência, em 19/1/2023, declarando **extinto o mandamus, com trânsito em julgado em 7/2/2023.** Dessa forma, prevalece o entendimento esposado no presente *writ*, o qual mantenho no julgamento deste agravo regimental.

Assim, em que pese o esforço argumentativo do combativo órgão ministerial, não foram apresentados argumentos aptos a reverter as conclusões trazidas na decisão

agravada, motivo pelo qual esta se mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0400704-1 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no
HC 792.531 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00085600920228260050 00198367120218260050 10157585120208260050
198367120218260050 85600920228260050

EM MESA

JULGADO: 14/02/2023

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE ALBINO NETO E OUTRO
ADVOGADOS : JOSÉ ALBINO NETO - SP275310
 MARIA CAROLINA RUIZ MARQUES - SP465297
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE ROBERTO DA SILVA
CORRÉU : CARLOS HENRIQUE DOS SANTOS
CORRÉU : JOSE LUIS ALVES
CORRÉU : LIVIA SCANSETTI SANTANA
CORRÉU : JOANNE FRANCA SALOMAO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Paz Pública - Associação Criminosa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSE ROBERTO DA SILVA
ADVOGADOS : JOSÉ ALBINO NETO E OUTRO - SP275310
 MARIA CAROLINA RUIZ MARQUES - SP465297
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.