

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 92.801 - SC (2017/0322640-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : LEONARDO VIEIRA GONÇALVES (PRESO)
ADVOGADO : JULIANO INÁCIO FORTUNA - SC043928

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR (MENSAGENS DE "**WHATSAPP**") DURANTE A PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DAS PROVAS. RECONHECIMENTO. AGRAVO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (**WhatsApp**), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

III - **In casu**, os policiais civis obtiveram acesso aos dados do aplicativo **WhatsApp** armazenados no aparelho celular do agravado no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial, o que torna a prova obtida ilícita, e impõe o seu desentranhamento dos autos, bem como dos demais elementos probatórios dela diretamente derivados.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 20 de março de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 92.801 - SC (2017/0322640-7)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGRAVADO : LEONARDO VIEIRA GONÇALVES (PRESO)

ADVOGADO : JULIANO INÁCIO FORTUNA - SC043928

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, em face de decisão proferida por esta relatoria às fls. 83-89, que **deu provimento** ao recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por LEONARDO VIEIRA GONÇALVES com o objetivo de cassar o v. acórdão impugnado, de forma a reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio de acesso aos dados dos aparelhos telefônicos (mensagens de **WhatsApp**) e determinar o desentranhamento dos autos das referidas provas, bem como as delas diretamente derivadas.

Nas razões do presente agravo, aduz que é necessário a ponderação dos interesses envolvidos, quais sejam "*a proteção da intimidade prevista no inciso X, do artigo 5º, e também o direito à segurança pública, estatuído no artigo 144, ambos da Constituição Federal*" (fl. 100).

Alega que não há ilicitude das provas pois "*a situação, em si, impôs atuação ágil do Estado, não podendo se impedir que os agentes estatais, que gozam de presunção de boa-fé, tivessem tolhida sua pronta atuação, em prol do comércio espúrio de entorpecentes*" (fl. 101).

Requer seja reconsiderada a decisão agravada. Pugna, alternativamente, pelo conhecimento e provimento do agravo regimental, para que seja a matéria levada à apreciação do Colegiado, a fim de afastar a nulidade e reconhecer a higidez da prova produzida.

Por manter a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da **Quinta Turma**.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 92.801 - SC (2017/0322640-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : LEONARDO VIEIRA GONÇALVES (PRESO)
ADVOGADO : JULIANO INÁCIO FORTUNA - SC043928

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. DEVASSA DE DADOS DE TELEFONE CELULAR (MENSAGENS DE "**WHATSAPP**") DURANTE A PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DAS PROVAS. RECONHECIMENTO. AGRAVO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos ("**WhatsApp**"), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

III - **In casu**, os policiais civis obtiveram acesso aos dados do aplicativo **WhatsApp** contidos no aparelho celular do agravado no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial, o que torna a prova obtida ilícita, e impõe o seu desentranhamento dos autos, bem como dos demais elementos probatórios dela diretamente derivados.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os pressupostos de admissibilidade, **conheço do agravo.**

Pretende o agravante, em síntese, o provimento do agravo regimental para que seja restabelecido o v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de origem, a fim de que seja afastada a nulidade das provas obtidas pelo acesso ao dados armazenados no telefone celular do agravado, sem autorização judicial, por ocasião da prisão em flagrante.

O agravo, contudo, não comporta provimento.

A fim de delimitar a controvérsia, colaciono os fundamentos elencados na decisão por mim proferida às fls 83-89, que **deu provimento** ao recurso ordinário em **habeas corpus**:

"Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso ordinário.

Pretende a Defesa o desentranhamento das conversas armazenadas no aplicativo "WhatsApp", contidas no aparelho celular do recorrente, extraídas pelos policiais, sem autorização judicial, quando da prisão em flagrante.

*Acerca da **quaestio** assim se manifestou o eg. Tribunal de origem (fls. 39-46):*

'Colhe-se dos documentos trazidos pelo impetrante que o paciente foi denunciado por infração ao art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Argumenta, todavia, que há ilegalidade nas informações colhidas no aparelho celular do paciente, especialmente do aplicativo "WhatsApp", porquanto os policiais que realizaram o flagrante não tinham autorização judicial para a quebra do sigilo telefônico.

Na hipótese, depreende-se que o exame das informações constantes no aparelho celular do paciente equivale à análise de registros telefônicos, que não se confunde com o sigilo telefônico, o qual exige, além de autorização judicial, um trabalho técnico à sua execução.

Não se desconhece, porém, decisões em sentido contrário. No entanto, Alexandre de Moraes leciona que, "apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade constitucional é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas' (Direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 59).

Superior Tribunal de Justiça

[...]

Derradeiramente, necessário tecer algumas considerações.

Muito se fala em investigação criminal deficiente, seja pela escassez de efetivo seja pelo sucateamento dos meios utilizados nas investigações.

Por outro lado, o avanço tecnológico é notório e, com ele, a profissionalização do crime passa para níveis que, pelos meios utilizados ordinariamente, não podem ser alcançados pela lei, ficando à margem dela como se intocáveis fossem.

Para tanto, o constituinte foi hábil a distinguir aquilo que é comunicação telefônica - assegurando-se a inviolabilidade, salvo autorização judicial - daquilo que constitui mero registro ou dado telefônico - que nada mais é do que o próprio corpo de delito, logo, não alcançado pela limitação constitucional.

Tal qual ocorre na apreensão de agenda com anotações manuscritas ou de telefone celular com mensagens de texto, o aplicativo WhatsApp nada mais é do que um banco de dados que acumulou, ao longo do tempo, mensagens que interessam ao processo penal, o que torna legal o acesso direto pela própria polícia. A título de exemplo, a possibilidade de visualizar, por meio do WhatsApp, uma foto de um bilhete com informações a respeito de um crime, nada mais é do que apreender o próprio bilhete.

Impossibilitar o acesso pelos policiais de mensagens que estão aparecendo na tela de um celular ou de fotografias/filmagens que comprovem a ocorrência de um delito, em algumas situações, pode ser comparada aos gritos de uma mulher que está sendo violentada em uma residência e, em razão de a porta estar 'fechada', ninguém ser capaz de socorrê-la. Crimes ocorrem pelo WhatsApp, assim como ocorrem em residências trancadas, e não é por isso que pessoas deixarão de ser socorridas.

Deve-se lembrar, ademais, que, a rigor, ainda não há tecnologia tamanha para que mensagens de WhatsApp sejam interceptadas tão logo enviadas, em razão da criptografia. Logo, impossibilitar que sejam posteriormente acessadas e incluídas na investigação criminal é alavancar o cometimento de delitos por tal meio, já que, em tese, seria inatingível.

Em tempos que o crime nunca esteve tão bem organizado e articulado e que lança mão das melhores tecnologias, infiltrando-se em meios nunca antes pensados, não se pode vedar os olhos para aquilo que pode ser a salvaguarda de uma sociedade pacífica e justa, ou seja, considerar válida uma prova que a própria Constituição Federal há muito tempo considera.

Assim, embora este Relator posicione-se pela licitude de extração de dados de aparelho celular apreendido pela polícia por ocasião da prisão em flagrante, sabe-se que o tema é polêmico.

A vista do exposto, vota-se pela denegação do pedido de ordem de habeas corpus.'

De fato, a análise de dados contidos em aparelho celular não se confunde com o sigilo telefônico, que **diz respeito à comunicação em si, e não aos dados já armazenados**. Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares

Superior Tribunal de Justiça

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.

Referidos dados também possuem proteção infraconstitucional.

A Lei n. 9.472/97, que trata da organização do sistema de telecomunicações no Brasil, assim dispõe no art. 3º, V:

'Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

[...]

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;'

A Lei n. 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, que regulamenta os direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, dispõe, em seu art. 7º, o seguinte:

'Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial'.

Verifica-se, pois, que os dados decorrentes de comunicações realizadas por meio de comunicação telefônica ou pela internet, como mensagens ou caracteres armazenados em aparelhos celulares, são invioláveis, somente podendo ser acessados mediante prévia autorização judicial.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

'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. INVOLABILIDADE. 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

Superior Tribunal de Justiça

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 aparelhos 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, de minha relatoria, DJe 16/10/2017, grifei)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXCESSO DE PRAZO. ALVARÁ SOLTURA. WRIT PREJUDICADO. NEGATIVA DE AUTORIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO DE DADOS DE APLICATIVO CELULAR WHATSAPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A questão referente à alegação de excesso de prazo encontra-se superada diante da expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

2. A via estreita do habeas corpus, ação constitucional de rito célere e cognição sumária, não comporta discussão de negativa de autoria, por demandar o revolvimento fático-probatório, devendo a coação ser manifestamente ilegal.

3. 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.

4. Recurso em habeas corpus parcialmente provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos" (RHC n. 76.510/RR, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/4/2017).

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso ordinário em **habeas corpus**, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio de acesso aos dados dos aparelhos telefônicos (mensagens de texto e conversas de "WhatsApp"), sem

Superior Tribunal de Justiça

autorização judicial, e para determinar o desentranhamento dos autos das referidas provas, bem como as delas diretamente derivadas."

De fato, como alegado pelo agravante, não há direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, de forma que uns não se sobrepõem a outros, portanto, para deslinde da **quaestio** se faz necessária a ponderação dos interesses envolvidos, quais sejam a proteção da intimidade e o direito à segurança pública, respectivamente, art. 5º, X, e art. 144, ambos da Constituição Federal.

No entanto, a ponderação que aqui se busca já foi realizada pelo legislador, que, conforme já consignado na decisão ora agravada, mais de uma vez, garantiu o direito à inviolabilidade dos dados armazenados em aparelhos celulares.

Assim, repito que, além da previsão constante do art. 5º, X, da CF, há ainda a **Lei n. 9.472/97**, que, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve, em seu art. 3º, V, que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito “**à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas**”, e a **Lei n. 12.965/14**, conhecida como Marco Civil da Internet, que 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**”.

No caso em apreço, os policiais acessaram conversas realizadas por meio do aplicativo “**WhatsApp**”, extraídas, sem autorização judicial, do aparelho celular do agravado, ato que, de acordo com o agravante, se reveste de licitude em decorrência da situação, que não permitia que os agentes estatais tivessem tolhidas suas atuações em prol do comércio de entorpecentes.

No entanto, não há nenhum argumento apto a justificar a urgência no acesso imediato aos dados, nem demonstração de que a demora na obtenção de um mandado judicial acarretaria à investigação.

Portanto, o recomendável seria que o aparelho celular fosse imediatamente apreendido, nos termos do art. 6º, II e III, do CPP, e, ato subsequente,

Superior Tribunal de Justiça

fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, para que, só então, houvesse o acesso aos referidos dados.

Dessa forma, restariam observados, em medida proporcional, os interesses constitucionais envolvidos, isto é, o direito difuso à segurança pública (art. 144) e o direito fundamental à intimidade (art. 5º, X).

De igual forma, no julgamento do RHC n. 51.531/RO, de relatoria do em. Min. **Nefi Cordeiro, Sexta Turma**, DJe de 05/09/2016, esta Corte teve a oportunidade de apreciar matéria semelhante, tendo considerado ilícito o acesso aos dados do celular e das conversas de "**WhatsApp**" extraídas do aparelho celular da acusada, considerando a ausência de ordem judicial para tanto, exarando, assim, entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente.

Conclui-se que, no caso em análise, a prova foi obtida de modo inválido, devendo ser desentranhada dos autos, bem como os demais elementos probatórios dela diretamente derivados, nos termos do art. 157 do CPP.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2017/0322640-7

AgRg no
RHC 92.801 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006996820178240028 40243781620178240000 4024378162017824000050000
6996820178240028

EM MESA

JULGADO: 20/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LEONARDO VIEIRA GONÇALVES (PRESO)
ADVOGADO : JULIANO INÁCIO FORTUNA - SC043928
RECORRIDO : 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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : LEONARDO VIEIRA GONÇALVES (PRESO)
ADVOGADO : JULIANO INÁCIO FORTUNA - SC043928

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