

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 101.119 - SP (2018/0189228-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE :

ADVOGADOS : MERHEJ NAJM NETO - SP175970

DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ACESSO A DADOS CONTIDOS NO CELULAR DO RÉU. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

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

2. No caso, por ocasião da própria prisão em flagrante – sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial –, o celular do réu foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de mensagens de texto que indicavam prévia negociação da venda de entorpecentes, sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial. A autorização do juiz deferindo a quebra do sigilo das informações e das comunicações (como aplicativos, fotografias e demais dados armazenados nos aparelhos de telefonia apreendido) somente foi feita em momento posterior, já na audiência de custódia e, mesmo assim, sem nenhuma fundamentação concreta que evidenciasse a imprescindibilidade da medida.

3. Pelos documentos constantes dos autos, não se verifica nenhum argumento ou situação que pudesse justificar a necessidade e a

Superior Tribunal de Justiça

urgência, em caráter excepcional, de as autoridades policiais poderem acessar, de imediato (e, portanto, sem prévia autorização judicial), os dados armazenados no aparelho celular do recorrente. Ao contrário, pela dinâmica dos fatos, o que se depreende é que não haveria nenhum prejuízo às investigações se os policiais, após a apreensão do telefone celular, houvessem requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.

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

5. A própria narrativa da dinâmica dos fatos coloca sob dúvida o "consentimento" dado pelo réu aos policiais para o acesso aos dados contidos no seu celular, pois é pouco crível que, abordado por policiais, ele fornecesse voluntariamente a senha para o desbloqueio do celular e o acesso aos dados nele contidos.

6. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio do acesso ao celular do recorrente, bem como de todas as que delas decorreram e, consequentemente, anular o Processo n. 0001516-27.2018 *ab initio*, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, desde que amparada em elementos informativos regularmente obtidos. Em consequência, fica determinado o relaxamento da prisão cautelar imposta ao réu, por excesso de prazo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 101.119 - SP (2018/0189228-9)

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 10 de dezembro de 2019

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE :

**ADVOGADOS : MERHEJ NAJM NETO - SP175970
DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

... alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que denegou o HC n. 2076181-81.2018.8.26.0000.

Consta dos autos que o recorrente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve a custódia convertida em preventiva pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões deste recurso, a defesa aduz que, na audiência de custódia, o Magistrado, a pedido da autoridade policial, determinou a quebra do sigilo de informações e das comunicações telefônicas constantes do celular do réu "em apenas duas linhas" (fl. 72), em flagrante violação dos arts. 93, IX, 5º, X e XII, da Constituição Federal e dos dispositivos previstos na Lei n. 9.296/1996.

Defende, portanto, que são ilícitas as provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como todas as que dela decorreram.

Observa que, além de se tratar de nulidade absoluta, o prejuízo

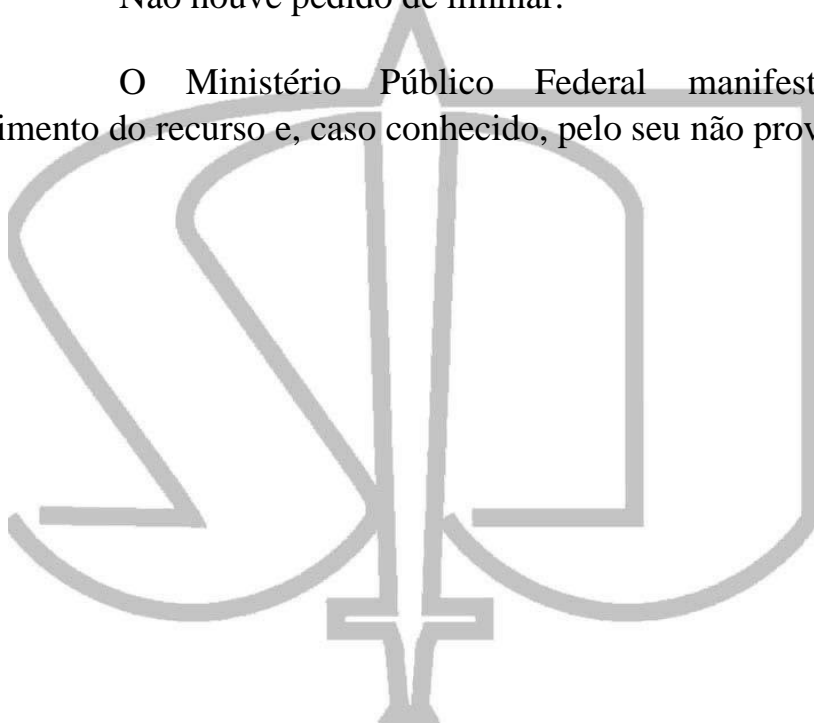
Superior Tribunal de Justiça

à defesa é manifesto, haja vista que o Ministério Público apoiou-se nos referidos elementos de informação para lastrear o oferecimento de denúncia em desfavor do réu.

Requer o provimento do recurso, para "anular a decisão judicial que determinou a quebra do sigilo das informações e comunicações como aplicativos, fotografias e demais dados armazenados nos aparelhos de telefonia apreendidos, por ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, determinando o desentranhamento de tais elementos dos autos, se já efetivada a perícia" (fl. 77).

Não houve pedido de liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso e, caso conhecido, pelo seu não provimento.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 101.119 - SP (2018/0189228-9)

EMENTA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ACESSO A DADOS CONTIDOS NO CELULAR DO RÉU. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

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

2. No caso, por ocasião da própria prisão em flagrante – sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial –, o celular do réu foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de mensagens de texto que indicavam prévia negociação da venda de entorpecentes, sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial. A autorização do juiz deferindo a quebra do sigilo das informações e das comunicações (como aplicativos, fotografias e demais dados armazenados nos aparelhos de telefonia apreendido) somente foi feita em momento posterior, já na audiência de custódia e, mesmo assim, sem nenhuma fundamentação concreta que evidenciasse a imprescindibilidade da medida.

3. Pelos documentos constantes dos autos, não se verifica nenhum argumento ou situação que pudesse justificar a necessidade e a urgência, em caráter excepcional, de as autoridades policiais poderem acessar, de imediato (e, portanto, sem prévia autorização judicial), os dados armazenados no aparelho celular do recorrente. Ao contrário, pela dinâmica dos fatos, o que se depreende é que não haveria nenhum prejuízo às investigações se os policiais, após a apreensão do telefone celular, houvessem requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.

Superior Tribunal de Justiça

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

5. A própria narrativa da dinâmica dos fatos coloca sob dúvida o "consentimento" dado pelo réu aos policiais para o acesso aos dados contidos no seu celular, pois é pouco crível que, abordado por policiais, ele fornecesse voluntariamente a senha para o desbloqueio do celular e o acesso aos dados nele contidos.

6. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio do acesso ao celular do recorrente, bem como de todas as que delas decorreram e, conseqüentemente, anular o Processo n. 0001516-27.2018 *ab initio*, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, desde que amparada em elementos informativos regularmente obtidos. Em consequência, fica determinado o relaxamento da prisão cautelar imposta ao réu, por excesso de prazo.

Superior Tribunal de Justiça

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que o recorrente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve a custódia convertida em preventiva pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Na audiência de custódia, o Magistrado de primeiro grau, atendendo a pedido formulado pela autoridade policial, deferiu a quebra do sigilo de informações e de comunicações armazenadas no aparelho celular apreendido em poder do recorrente, nos seguintes termos (fl. 34):

[...] como relataram os policiais militares que participaram do ato de prisão, fato que será melhor analisado durante a instrução processual, o celular do autuado foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de mensagens de texto que indicavam prévia negociação da venda do entorpecente. Trata-se, portanto, de situação permanente de flagrante, de modo que não se mostra cabível o pretendido relaxamento da prisão em flagrante, também porque as formalidades da lavratura do auto de prisão em flagrante foram observadas e respeitadas pela autoridade policial. [...] O aparelho celular dele foi apreendido e nele se encontrou mensagens de texto que indicavam a efetiva negociação da venda do entorpecente. [...]

Defiro a quebra do sigilo das informações e comunicações como aplicativos, fotografias e demais dados armazenados nos aparelhos de telefonia apreendidos nos autos.

A defesa, então, ingressou com habeas corpus no Tribunal de origem, que, no entanto, denegou a ordem.

II. Direito à intimidade e à privacidade

Neste recurso, a questão de direito cinge-se ao reconhecimento

Superior Tribunal de Justiça

da ilicitude das provas extraídas do aparelho celular do recorrente, bem como de todas as que delas decorreram.

Por ocasião do julgamento do **RHC n. 51.531**, de relatoria do Ministro **Nefi Cordeiro** (DJe 9/5/2016), a Sexta Turma examinou caso semelhante, em que se discutiu a legitimidade do acesso a mensagens de texto, por autoridades policiais, imediatamente após a prisão em flagrante, sem autorização judicial prévia. O julgamento foi unânime no sentido da ilegalidade da prova obtida.

Naquela oportunidade, no entanto, ficou clara a necessidade de exame individualizado das situações concretas. Particularmente, ressaltai que acompanhava o Ministro relator, "sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito", considerando que "sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões *a priori* absolutas". Também observei que o fato examinado naquele caso ocorreu em 2004, quando os aparelhos celulares não detinham a capacidade funcional e de armazenamento atual, motivo pelo qual o acesso que os policiais teriam àquela época seria, necessariamente, menos intrusivo do que o seria hoje.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por sua vez, salientou não descartar 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". Isso porque há casos em que existe um "elemento de urgência" no acesso ao aparelho celular, que sustenta a extensão do poder ínsito à prisão em flagrante. É o caso, por exemplo, de uma extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontra aparelhos celulares em um cativo recém-abandonado: o acesso *incontinenti* aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado.

Com efeito, nos dias atuais, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita o acesso a inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como WhatsApp, Viber, Wechat, Telegram, SnapChat etc., todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e de recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real.

Além disso, os dados mantidos em um aparelho celular não se

Superior Tribunal de Justiça

restringem mais, como há pouco tempo, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. Ao contrário, além dos referidos dados, os aparelhos celulares contêm também dados bancários, contas de correio eletrônico, histórico dos sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados, dentre outros.

Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados ao se manusear o celular e os dados eventualmente interceptados no momento em que se acessam aplicativos de comunicação instantânea.

A partir desse panorama, a doutrina nomeia o chamado **direito probatório de terceira geração**, que trata de "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais", *in verbis*:

[...]

A menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, demonstra claramente que tais elementos vinculados à propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são "coisas" ou "qualquer elemento de convicção", para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais.

Nesse sentido, tome-se o exemplo de um smartphone: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam em muito o conceito de coisa ou de telefone. Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um smartphone, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? Suponha-se, de outra parte, que se pretenda utilizar um sistema capa? de captar emanções de calor de uma residência, para, assim, levantar indícios suficientes à obtenção de um mandado de busca e apreensão: se estará a restringir algum direito fundamento do interessado, a demandar a obtenção de um mandado expedido por magistrado imparcial de equidistante, sob pena de inutilizabilidade? O e-mail, incidentalmente alcançado por via da apreensão de um notebook, é uma "carta aberta ou não"? Enfim, o conceito de coisa, enquanto *res* tangível e sujeita a uma relação de pertencimento, persiste como referencial constitucionalmente

Superior Tribunal de Justiça

ainda aplicável à tutela dos direitos fundamentais ou, caso concreto, deveria ser substituído por outro paradigma? Esse é um dos questionamentos básicos da aqui denominada de prova de terceira geração: "chega-se ao problema com o qual as Cortes interminavelmente se deparam, quando consideram os novos avanços tecnológicos: como aplicar a regra baseada em tecnologias passadas às presentes e aos futuros avanços tecnológicos". Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar. [...] (KNIJNIK, Danilo. Temas de direito penal, criminologia e processo penal. *A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179)

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

Com efeito, a Lei n. 9.472/1997, 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 constitucional e legalmente previstas". Já a Lei n. 12.965/2014 – conhecida como Marco Civil da Internet –, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil, prevê, em seu art. 7º, III, dentre os direitos assegurados aos usuários da rede mundial, "a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial".

III. O caso dos autos

No caso, verifico que, por ocasião da própria prisão em flagrante do réu, "o celular do autuado foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de mensagens de texto que indicavam prévia negociação da venda do entorpecente" (fl. 33), **sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial**.

Superior Tribunal de Justiça

Ressalto que a autorização do juiz deferindo a quebra do sigilo das informações e das comunicações (como aplicativos, fotografias e demais dados armazenados nos aparelhos de telefonia apreendido) **somente foi feita em momento posterior**, já na audiência de custódia e, mesmo assim, sem nenhuma fundamentação concreta que evidenciasse a imprescindibilidade da medida, conforme se verifica do referido *decisum* (fl. 34):

[...]

Ante o exposto, com fundamento no art. 312. em combinação com o art. 310, inc. II, ambos do Código de Processo Penal.

CONVERTO a prisão em flagrante do autuado em prisão preventiva. INDEFIRO o pedido de expedição de ofício aos órgãos censores da polícia militar. não obstante a douta defesa possa retirar cópia dos autos e encaminhá-las a eles com a finalidade pretendida.

Isso porque, não obstante se verifiquem algumas pequenas lesões no autuado, o certo é que elas podem decorrer da resistência à prisão alegada pelos policiais durante a lavratura do flagrante. Expeça-se mandado de prisão preventiva. Aguarde-se inda do inquérito policial. Comunique-se o inteiro teor desta decisão à Delegacia de Polícia. As partes, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do termino da audiência, poderão requerer a reprodução dos autos, desde que instrua a petição com mídia capaz de suportá-la. Fica desde já autorizada a destruição da droga apreendida. **Defiro a quebra do sigilo das informações e comunicações como aplicativos, fotografias e demais dados armazenados nos aparelhos de telefonia apreendidos nos autos.** O presente termo é assinado digitalmente pelo MM. Juiz.

Registro, ainda, não identificar, pelos documentos constantes dos autos, **nenhum argumento ou situação que pudesse justificar a necessidade e a urgência, em caráter excepcional**, de as autoridades policiais poderem acessar, de imediato (e, portanto, sem prévia autorização judicial), os dados armazenados no aparelho celular do recorrente. Ao contrário, pela dinâmica dos fatos, o que se depreende é que não haveria nenhum prejuízo às investigações se os policiais, após a apreensão do telefone celular, houvessem requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.

Não havendo sido assim procedido, considero, portanto, que houve ilegal violação dos dados armazenados no celular do recorrente – e, portanto, **violação da sua intimidade e da sua vida privada** –, haja vista que, consoante salientou o próprio Magistrado na audiência de custódia: "como

Superior Tribunal de Justiça

relataram os policiais militares que participaram do ato de prisão, fato que será melhor analisado durante a instrução processual, **o celular do autuado foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de mensagens de texto que indicavam prévia negociação da venda do entorpecente**" (fl. 33).

Sobre o tema, menciono os seguintes julgados desta Corte Superior de Justiça:

[...]

"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).

[...]

(**HC n. 517.509/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 2/9/2019).

[...]

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 76.510/PR**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 17/4/2017).

Ainda, mas não menos importante, esclareço que a denúncia, ao narrar, de modo detalhado, a dinâmica dos fatos delituosos, afirmou: "Após quebra do sigilo telefônico do denunciado, foi possível verificar que, no dia dos fatos, E. havia solicitado a V. que lhe informasse qual o valor da quantia de 25 gramas de maconha. Além disso, foi possível observar diversos diálogos de V. com outras pessoas, os quais demonstraram que ele vende entorpecentes de forma habitual (cf. relatório de investigações de fls. 50/72)" (fl. 36).

Superior Tribunal de Justiça

Diante de tais elementos, concluiu o Ministério Público, nessa fase processual, que "as circunstâncias da apreensão, a quantidade de entorpecente apreendido, aliadas às informações passadas aos milicianos e aquelas constantes nos relatórios de investigações de fls. 38 e 50/72, permitem concluir, com segurança, que a droga apreendida pertencia a V. e se destinava ao comércio espúrio" (fl. 36).

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

Segundo se apurou, no dia em tela policiais militares receberam informação no sentido de que um veículo HB20, placas GKD-2799, cor marrom, havia acabado de comprar entorpecentes e estava nas proximidades da Rua 18, logrando êxito em localizar o automóvel, o qual não obedeceu ao sinal de parada e empreendeu fuga em alta velocidade, ocasião em que na Rua 20, o passageiro do veículo arremessou algo, tendo o veículo sido abordado alguns quarteirões depois.

O motorista do veículo, Eduardo Sableswki Alves, saiu do automóvel e foi abordado, sendo que nada de ilícito foi encontrado em seu poder. Já com o passageiro, o denunciado V., foi encontrada a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais) e um aparelho celular.

Os policiais retornaram ao local onde o denunciado havia arremessado algo e contataram que se tratava de um tijolo de maconha, com peso bruto aproximado de 77,83 g.

Eduardo afirmou desconhecer que V. trazia drogas em seu veículo, mas viu o momento em que ele arremessou algo pela janela. Após quebra do sigilo telefônico do denunciado, foi possível verificar que no dia dos fatos Eduardo havia solicitado a V. que lhe informasse qual o valor da quantia de 25 gramas de maconha. Além disso, foi possível observar diversos diálogos de

Superior Tribunal de Justiça

V. com outras pessoas, os quais demonstram que ele vende entorpecentes de forma habitual (cf. relatório de investigações de fls. 50/72).

É certo que as circunstâncias da apreensão, a quantidade de entorpecente apreendido, aliadas às informações passadas aos milicianos e aquelas constantes nos relatórios de investigações de fls. 38 e 50/72, permitem concluir, com segurança, que a droga apreendida pertencia a V. e se destinava ao comércio espúrio.

Por fim, merece destaque a alegação feita pelo Tribunal de origem de que: **"Fornecida a senha de acesso pelo paciente**, foi possível verificar a existência de uma conversa sobre a negociação de droga no aparelho de telefone celular apreendido" (fl. 64). A própria narrativa da dinâmica dos fatos coloca **sob dúvida** o "consentimento" dado pelo réu aos policiais para o acesso aos dados contidos no seu celular, pois é pouco crível que, abordado por policiais, ele fornecesse voluntariamente a senha para o desbloqueio do celular e o acesso aos dados nele contidos.

IV. Prisão preventiva – excesso de prazo

Em consulta processual realizada na página eletrônica do TJSP, verifico que, em 19/8/2019, sobreveio a prolação de sentença nos autos do processo objeto deste recurso (n. 0001516-27.2018.8.26.0066) e o réu foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Na ocasião, o Juiz sentenciante **negou-lhe o direito de recorrer em liberdade**.

Assim, diante do reconhecimento da nulidade do feito desde o início, caracterizado está o **excesso de prazo** na prisão preventiva imposta ao acusado, o qual está segregado, ao que tudo indica, desde o flagrante.

Dessa forma, determino o **relaxamento da cautela extrema**, para que o recorrente seja imediatamente colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento** ao recurso em habeas corpus, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio do acesso ao celular do recorrente, bem como de todas as que delas decorreram e, consequentemente, anular o Processo n. 0001516-27.2018.8.26.0066 *ab initio*,

Superior Tribunal de Justiça

sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, desde que amparada em elementos informativos regularmente obtidos. Consequentemente, determino o relaxamento da custódia preventiva do réu, em razão de excesso de prazo.



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0189228-9

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 101.119 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015162720188260066 004710000 20337798220188260000 20761818120188260000
4710000 545/2018 5452018 RI004I71Q0000

EM MESA

JULGADO: 10/12/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE :

ADVOGADOS : MERHEJ NAJM NETO - SP175970
DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Superior Tribunal de Justiça

Página 15 de 5

