

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 75.055 - DF (2016/0219888-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : THIAGO COSTA VIEIRA PAES LANDIM
ADVOGADO : FÁBIO AUGUSTO GONÇALVES CAMPOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - DF034483
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ACESSO DE MENSAGENS DE TEXTO VIA *WHATSAPP*. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. ART. 5º, X E XII, DA CF. ART. 7º DA LEI N. 12.965/2014. NULIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* 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, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela *internet*, bem como de suas comunicações privadas armazenadas.

3. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).

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

5. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso é exigido prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.

6. Recurso em *habeas corpus* provido para declarar nula as provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial, determinando que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue ao denunciado do material decorrente da medida.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel

Superior Tribunal de Justiça

Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 75.055 - DF (2016/0219888-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : THIAGO COSTA VIEIRA PAES LANDIM
ADVOGADO : FÁBIO AUGUSTO GONÇALVES CAMPOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - DF034483
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por **THIAGO COSTA VIEIRA PAES LANDIM** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado:

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA. MENSAGENS DE TEXTO VIA *WHATSAPP*. ACESSO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. ORDEM DENEGADA.

I - A apreensão do celular do réu e a verificação pelos policiais de mensagens, indicativas de tráfico de drogas, não configura interceptação telefônica ou quebra de sigilo de dados, a demandar prévia autorização judicial.

II - Ordem denegada." (e-STJ, fl. 135)

Consta dos autos que o recorrente foi preso em flagrante em 14/4/2016 e denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Neste recurso, sustenta que "a Constituição, no capítulo em que cuida das garantias individuais, trata expressamente do direito à intimidade, bem como da inviolabilidade e do caráter sigiloso das correspondências, comunicações telegráficas, permitindo, tão somente no caso das comunicações telefônicas, mediante ordem judicial, que tais garantias sejam mitigadas" (e-STJ, fl. 151).

Afirma que, "independentemente do momento em que a prova passou a existir, esta, decorrente do valor constitucional da norma, não poderia ser produzida por pessoa sem competência para tanto" (e-STJ, fl. 152).

Ressalta que esta Corte já enfrentou o tema, no julgamento do RHC 51.531/RO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, concluindo pela ilicitude da prova obtida por meio de interceptação sem a autorização de ordem judicial de conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, que é "forma de comunicação escrita", "similar às conversas mantidas por e-mail" (e-STJ, fl. 154).

Requer o provimento do recurso, com a concessão da ordem, para "o desentranhamento das provas obtidas por meio ilícito, assim como as derivadas destas, reconhecendo-se a necessidade de ordem judicial para a análise do conteúdo das mensagens telefônicas do acusado" (e-STJ, fl. 158).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 172-174).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 75.055 - DF (2016/0219888-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : THIAGO COSTA VIEIRA PAES LANDIM
ADVOGADO : FÁBIO AUGUSTO GONÇALVES CAMPOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - DF034483
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ACESSO DE MENSAGENS DE TEXTO VIA *WHATSAPP*. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. ART. 5º, X E XII, DA CF. ART. 7º DA LEI N. 12.965/2014. NULIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* 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, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela *internet*, bem como de suas comunicações privadas armazenadas.

3. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).

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

5. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso é exigido prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.

6. Recurso em *habeas corpus* provido para declarar nula as provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial, determinando que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue ao denunciado do material decorrente da medida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Superior Tribunal de Justiça

Cinge-se a controvérsia dos autos à legitimidade do acesso pela autoridade policial, na hipótese de prisão em flagrante, dos dados armazenados no aparelho celular do agente detido, sem a devida autorização judicial prévia.

Narram os autos que o recorrente foi preso em flagrante em 14/4/2016 e denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede defesa prévia, a defesa alegou a ilicitude da prova colhida no aparelho celular do recorrente e requereu o reconhecimento de sua nulidade. O Juízo de primeiro grau indeferiu o pleito, nos seguintes termos:

"Quanto ao pedido de nulidade das provas colhidas no aparelho celular do autuado, ao argumento de que teria ocorrido a quebra do sigilo telefônico por determinação da autoridade policial, circunstância que afrontaria o artigo 50, inciso XII, da Constituição Federal e o artigo 50 da Lei n. 9.296/96, tal argumentação não deve prosperar.

De acordo com o disposto no art. 60, incisos II e III, do Código de Processo Penal, é dever da autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato e colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Assim, apreendido, na forma da lei, o aparelho celular ante o suposto envolvimento do seu proprietário com o tráfico ilícito de entorpecentes, não resta configurada a violação ao sigilo telefônico pelo simples exame dos dados gravados na memória do aparelho.

Além disso, a garantia constitucional insculpida no artigo 50, inciso XII, da Constituição Federal, é direcionada as hipóteses em que a coleta dos dados é empreendida perante operadora de telefonia correspondente, o que não ocorre na hipótese de averiguação dos dados gravados na memória do próprio aparelho.

Conquanto a Sexta Turma do STJ tenha recentemente se posicionado pela necessidade da autorização judicial para o acesso dos dados contidos nos aparelhos celulares, trata-se de matéria controversa e não uniforme. Ademais, filio-me a corrente com entendimento diverso, dentre os quais colaciono os seguintes precedentes:

[...]

Isto posto, REJEITO a preliminar de prova ilícita lançada pela Defesa do Réu.

No mais, encontram-se presentes as condições e os pressupostos processuais.

Recebo a denúncia de fls. 02/02A.

Cite-se e requisite-se o Réu para o interrogatório, bem como para a Audiência de Instrução e Julgamento a ser oportunamente designada.

[...]" (e-STJ, fls. 103-105.)

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o TJDF, que manteve a decisão singular, sob os seguintes fundamentos:

"Ao contrário do alegado, a apreensão do celular do acusado e o acesso ao seu conteúdo, não afronta o art. 5º, incs. X e XII, da Constituição Federal e art. 90 da Lei n. 9.296/96.

Não houve, conforme sustenta o impetrante, quebra de sigilo telefônico sem autorização judicial. Os policiais, no momento da abordagem, encontraram

Superior Tribunal de Justiça

o celular do acusado, acessaram-no e constataram a existência de mensagens, trocadas via aplicativo conhecido como *whatsapp*, indicativas de tráfico de drogas.

Trata-se, portanto, de prova preexistente, que poderia ser verificada mediante simples acesso ao celular do réu, sem necessidade de interceptação telefônica.

[...]

Assim, não há ilegalidade ou constrangimento ilegal a ser sanado por intermédio da ação constitucional impetrada.

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*."

Como cediço, 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:

"Art. 5º.

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]."

Ao regulamentar a matéria, a Lei n. 9.296/1996 estabeleceu:

"Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

[...]

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova."

Por sua vez, a Lei n. 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações) prevê que:

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

[...]

V - à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas; [...]."

Já a Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil:

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

Superior Tribunal de Justiça

- 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; [...]."

Pois bem. A Sexta Turma desta Corte já decidiu que as conversas mantidas por *e-mail* somente podem ser acessadas após prévia ordem judicial:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO REVELAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. MEDIDAS CAUTELARES DETERMINADAS. AFASTAMENTO DE SIGILO DE CORREIO ELETRÔNICO. DURAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. PRAZO: DE 2004 A 2014. FUNDAMENTAÇÃO PARA A QUEBRA DO SIGILO DO *E-MAIL* NO PERÍODO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência.

2. *In casu*, a constrição da comunicação eletrônica abrangeu um ancho período, superior a dez anos, de 2004 a 2014, sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade, devendo-se, assim, prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública.

3. Lastreadas as decisões de origem em argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar azo ao procedimento tão drástico executado nos endereços eletrônicos do acusado, de se notar certo açodamento por parte dos responsáveis pela persecução penal.

4. Ordem concedida, com a extensão aos co-investigados em situação análoga, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida."

(HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015)

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

Assim, por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por *e-mail*, cujo acesso é exigido prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.

Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal decidiu:

Superior Tribunal de Justiça

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. 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.

2. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos."

(RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016)

Desse modo, são ilícitas as conversas de *whatsapp* obtidos de celular apreendido sem prévia ordem judicial.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso, para declarar nula as provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial, determinando que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue ao denunciado do material decorrente da medida.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2016/0219888-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 75.055 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00240636420168070000 20160020240630 20160020240630RED 20160110426185

EM MESA

JULGADO: 21/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : THIAGO COSTA VIEIRA PAES LANDIM

ADVOGADO : FÁBIO AUGUSTO GONÇALVES CAMPOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) -
DF034483

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

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