



Apelação Criminal Nº 1.0042.17.002098-8/001

<CABBCAADCBBCCAADAABDCABCCBABCDDADAADAAADDADAAAD

>

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – FLAGRANTE PREPARADO E UTILIZAÇÃO DE APLICATIVO WHATSAPP SEM AUTORIZAÇÃO – PROVA ILÍCITA – AFASTAMENTO – MATERIALIDADE PREJUDICADA – ABSOLVIÇÃO.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0042.17.002098-8/001 - COMARCA DE ARCOS - APELANTE(S): P.E.R., A.M.S. - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER A PRELIMINAR arguida pela Defesa, de ilicitude das provas obtidas através de flagrante preparado e utilização indevida e não autorizada de Whatsapp, para absolver os apelantes com base no art. 386, VII do CPP.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO
RELATOR.



DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO (RELATOR)

V O T O

I – RELATÓRIO

Cuida-se de apelação criminal interposta por P. E. R. e A. M. da S., contra sentença oriunda da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Arcos, que os condenou como incurso nas iras do art. 33, §4º, da Lei 11343/06, cada um, às penas de três anos e quatro meses de reclusão, regime inicial aberto, e trezentos e trinta e três dias-multa, à razão mínima, substituída a pena reclusiva por duas restritivas de direito – prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (f. 322/330v.).

Busca a Defesa dos apelantes, inicialmente, o reconhecimento da ilegalidade do flagrante – flagrante preparado, o que segundo alega, tornaria o fato atípico, “pela impossibilidade do acontecimento do tipo penal”. Pleiteia ainda a absolvição dos réus ou, subsidiariamente a desclassificação para o delito de uso ou ainda, a redução da pena aplicada e isenção das custas processuais (f. 342/352).

Contrarrazões ministeriais às f. 353/357, seguidos de parecer emitido pela douta PGJ às f. 387/405, opinando pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso defensivo.

É o relatório.

II – CONHECIMENTO



Conheço do recurso, em face de seu ajuste legal.

III – PRELIMINAR

Aduz a Defesa, em sede preliminar, o reconhecimento da ilegalidade do flagrante – flagrante preparado, o que segundo alega, tornaria o fato atípico, “pela impossibilidade do acontecimento do tipo penal”, bem como a ilegalidade da utilização de conversas de *whatsapp* sem autorização.

Narra a denúncia que, ao abordar a pessoa de Warley Aparecido Martins Duque, policiais militares verificaram seu aparelho celular e encontraram uma conversa entre ele e A., encomendando drogas. Consta ainda que, “os policiais passaram a comunicar com A. através do aplicativo de Whatsapp, onde marcaram um encontro para entrega da droga, sendo realizado um bloqueio na via após alguns minutos o mesmo foi abordado pelos militares” – f. 02D.

Aduz a exordial, ainda, que o carro em que A. estava era conduzido por P., tendo sido localizado no interior do veículo um cigarro de maconha parcialmente usado.

Com razão a Defesa.

Inicialmente, acerca do flagrante preparado, ensina o Professor Aury Lopes Jr.:

O flagrante forjado existe quando é criada, forjada uma situação fática de flagrância delitiva para (tentar) legitimar a prisão. Cria-se uma situação de fato que é falsa. Exemplo típico é o enxerto de substâncias entorpecentes (ou armas)



para, a partir dessa posse forjada, falsamente criada, realizar a prisão (em flagrante) do agente. É, portanto, um flagrante ilegal, até porque não existe crime.

O flagrante provocado também é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de delito putativo por obra do agente provocador. BITENCOURT explica que isso não passa de uma cilada, uma encenação teatral, em que o agente é impelido à prática de um delito por um agente provocador, normalmente um policial ou alguém a seu serviço. É o clássico exemplo do policial que, se fazendo passar por usuário, induz alguém a vender-lhe a substância entorpecente para, a partir do resultado desse estímulo, realizar uma prisão em flagrante (que será ilegal). E uma provocação meticulosamente engendrada para fazer nascer em alguém a intenção, viciada, de praticar um delito, com o fim de prendê-lo.

Penalmente, considera-se que o agente não tem qualquer possibilidade de êxito, aplicando-se a regra do crime impossível, art. 17 do CP:

Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

É, portanto, ilegal o flagrante provocado.

O flagrante preparado é ilegal, pois também vinculado à existência de um crime impossível. Aqui não há indução ou provocação, senão que a preparação do flagrante é tão meticulosa e perfeita que em momento algum o bem jurídico tutelado é colocado em risco.

(LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 10. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2013. p. 815-816).

Pois bem.



Retratam os autos do APFD situação na qual os policiais após a abordagem de terceiro, conforme descrito às f. 02, “passaram a dialogar através do aplicativo de Whatsapp, com LILINHO, solicitando a droga; Que imediatamente Lilinho respondeu, alegando que 25 gramas de maconha seria R\$150,00; Que foi solicitado ao autor 50 gramas e se ele entregaria em Calciolandia; (...); Que deslocaram na estrada combinada, onde foi feito o bloqueio da via; (...)”.

A doutrina identifica, no artigo 302, do Código de Processo Penal, três espécies de flagrante: o flagrante próprio, descrito nos incisos I e II, o flagrante impróprio, verificado quando da situação do inciso III, e o flagrante presumido, aquele determinado pelo inciso IV do referido artigo.

O flagrante próprio, também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro, é aquele em que o agente é surpreendido no exato momento em que está cometendo uma infração penal, ou quando acaba de cometê-la - certo é que quem o prende presenciou o iter criminis.

Já no flagrante impróprio, ou irreal, ou quase-flagrante, o agente é perseguido logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser autor da infração.

Por fim, no flagrante presumido, ficto ou assimilado, o agente é preso logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Neste caso, não há perseguição, mas encontro do agente portando



Apelação Criminal Nº 1.0042.17.002098-8/001

objetos, ou diante de atitudes que levem a crer ser ele o autor da infração.

Note-se que no flagrante próprio o agente é preso cometendo a infração penal ou quando "acaba de cometê-la". O flagrante impróprio traz a expressão "logo após" o cometimento do ilícito, para configurar a flagrância do agente; e, no flagrante presumido, a sua prisão se dá "logo depois" do ato delituoso.

Embora bastante próximas, tais expressões guardam em si significados distintos. A expressão "acaba de cometê-la" significa imediatamente após o cometimento do delito. O "logo após", do flagrante impróprio, não tem o mesmo rigor da expressão anterior, admitindo um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição. Já o "logo depois" engloba um período de tempo ainda maior que o "logo após".

Neste sentido, Magalhães Noronha¹:

"Embora as expressões dos incisos III e IV sejam sinônimas, cremos que a situação de fato admite um elastério maior ao juiz na apreciação do último, pois não se trata de fuga e perseguição, mas de crime e encontro, sendo a conexão temporal daquelas muito mais estreita ou íntima".

O flagrante preparado, também conhecido como flagrante provocado por sua vez, segundo Fernando Capez, seria aquele "delito de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador" (Curso de Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999, p. 219).



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais
Tribunal de Justiça



Apelação Criminal Nº 1.0042.17.002098-8/001

Para se distinguir o flagrante preparado do flagrante esperado, deve-se ter em conta a provocação ou não do agente. Na primeira hipótese, o delinqüente é estimulado, provocado, instigado a praticar o delito, sua vontade não é espontânea e, por isso, se diz que não há crime. Já na segunda situação, a atividade criminosa é livre, decorrente única e simplesmente do desejo do agente, limitando-se a polícia a esperar para dar o flagrante.

No flagrante esperado, perfeitamente admissível, a vítima ou a polícia, ao receber informação no sentido de que um crime está sendo praticado, organiza um esquema de vigilância, não havendo qualquer indução ou provocação. A organização policial apenas possibilita a prisão do agente no momento da prática do delito, que decorre exclusivamente da sua vontade livre.

Tecidas essas considerações, tenho que, de fato, foi criada artificialmente uma situação, que configura o flagrante preparado, bem como alegado pela Defesa.

Destarte, ao entrar em contato com um dos apelantes, solicitando drogas e marcar um encontro, não há dúvidas de que houve uma preparação do flagrante, razão pela qual o flagrante delito é nulo.

Julgo necessário destacar que os Tribunais Superiores vêm entendendo que "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" - Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 51.531, oriundo do Estado de Rondônia, a 6ª Turma do STJ.



Apelação Criminal Nº 1.0042.17.002098-8/001

Referido julgado entendeu:

No acesso aos dados do aparelho, tem-se devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Embora possível o acesso, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DILIGÊNCIAS PARA VERIFICAR O REGULAR CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. Embora não sejam absolutas as restrições de acesso à privacidade e aos dados pessoais do cidadão, e mesmo considerado o interesse público no acompanhamento da execução penal, imprescindível é a qualquer decisão judicial a explicitação de seus motivos (art. 93, IX, da Constituição Federal). 2. Diligências invasivas de acesso a dados (bancários, telefônicos e de empresa de transporte aéreo) deferidas sem qualquer menção à necessidade e proporcionalidade dessas medidas investigatórias, não propriamente de crime, mas de regular cumprimento de pena imposta. Nulidade reconhecida. 3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1133877/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 157 DO CPP. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/1990. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DA PROVA. 2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Afigura-se decorrência lógica do respeito aos direitos à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF) a



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais Tribunal de Justiça



Apelação Criminal Nº 1.0042.17.002098-8/001

proibição de que a administração fazendária afaste, por autoridade própria, o sigilo bancário do contribuinte, especialmente se considerada sua posição de parte na relação jurídico-tributária, com interesse direto no resultado da fiscalização. Apenas o Judiciário, desinteressado que é na solução material da causa e, por assim dizer, órgão imparcial, está apto a efetuar a ponderação imprescindível entre o dever de sigilo - decorrente da privacidade e da intimidade asseguradas ao indivíduo, em geral, e ao contribuinte, em especial - e o também dever de preservação da ordem jurídica mediante a investigação de condutas a ela atentatórias. 2. Recurso especial a que se dá provimento para reconhecer a ilicitude da prova advinda da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, determinando-se que seja proferida nova sentença, afastada a referida prova ilícita e as eventualmente dela decorrentes.

(REsp 1361174/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 10/06/2014).

Na conversas mantidas pelo programa whatsapp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a 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).

Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais
Tribunal de Justiça



Apelação Criminal Nº 1.0042.17.002098-8/001

aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de whatsapp obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial. Em juízo, a testemunha Warley ratificou suas declarações prestadas na fase inquisitiva e foi claro ao dizer que apenas “concedeu a autorização” para o acesso às suas conversas de whatsapp, após ser agredido pelos militares.

No caso concreto, a visualização das conversas mantidas por meio do aplicativo de mensagens, sem a autorização judicial por onde, inclusive, os militares viabilizaram o flagrante preparado, como exposto acima, constitui flagrante ilegalidade.

Certo é que, reconhecida, como foi, a ilegalidade do flagrante e ainda, os indícios de materialidade amelhados em desfavor dos apelantes obtidos através do acesso ilegal ao aparelho celular, necessário se faz a nulificação de todos os atos subsequentes que provêm daquele, considerado meio ilícito, aplicando-se, portanto, a doutrina dos frutos da árvore envenenada, trabalhada, com percuciência, no seguinte julgado também advindo do Supremo Tribunal Federal, verbis:

EMENTA: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO



JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais Tribunal de Justiça



Apelação Criminal Nº 1.0042.17.002098-8/001

poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em apartamento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas,



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais Tribunal de Justiça



Apelação Criminal Nº 1.0042.17.002098-8/001

quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde



Apelação Criminal Nº 1.0042.17.002098-8/001

qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..

(RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147)

Em sequência, a declaração de ilicitude das provas obtidas através de flagrante preparado e utilização indevida e não autorizada de Whatsapp, maculam a materialidade do delito de tráfico, razão pela qual a absolvição é medida que se impõe.

IV - CONCLUSÃO

Com essas considerações, ACOLHO A PRELIMINAR arguida pela Defesa, de ilicitude das provas obtidas através de flagrante preparado e utilização indevida e não autorizada de Whatsapp, para absolver os apelantes com base no art. 386, VII do CPP.



Sem custas.

DES. PEDRO COELHO VERGARA (REVISOR) - De acordo com o Relator.

DES. ADILSON LAMOUNIER

Acompanho o voto proferido pelo eminente Desembargador Relator, deixando registrado, contudo, que revi meu posicionamento quanto à exigência de prévia autorização judicial para quebra de dados armazenados em aparelhos celulares.

Assim, embora eu já tenha votado em sentido diverso, recentemente, passei a considerar como ilícitas as provas obtidas por meio de acesso a informações contidas em *smartphones* apreendidos pela polícia sem prévia autorização judicial, pois, apesar de, em casos como este, não haver falar em ofensa ao princípio da inviolabilidade das comunicações, resta nítida a infringência às garantias constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

A propósito, neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS (CONVERSAS DE WHATSAPP). VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.
1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais
Tribunal de Justiça



Apelação Criminal Nº 1.0042.17.002098-8/001

do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp).

2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do investigado, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ.

3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos, exame que será feito pelo Juízo de 1º Grau.

(STJ. RHC 101585/MG, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 26/10/2018).

Com estas considerações, acompanho o voto condutor.

SÚMULA: "ACOLHERAM A PRELIMINAR DEFENSIVA E ABSOLVERAM OS APELANTES"