



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 90200/RN RELATOR: MINISTRO
ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: _____ RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO RELATOR,

O Ministério Público Federal vem, pelo Subprocurador-Geral da República signatário, interpor RECURSO EXTRAORDINÁRIO, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição da República, contra o acórdão de e-STJ fls. 924/935, que reconheceu a ilicitude da prova produzida pelo acesso a telefones celulares sem autorização judicial, objeto destes autos.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 13 de maio de 2020.

HINDEMBURGO CHATEAUBRIAND FILHO
Subprocurador-Geral da República

RECURSO EXTRAORDINÁRIO no RHC Nº 90200/RN RECORRENTE:
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RECORRIDO: DANIEL PINTO CAMPOS

RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Eminente Relator

Colenda Turma

I – RELATÓRIO

O réu, denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, §1º e 35, c/c 40, I e VII, da Lei ° 11.343/06, interpôs recurso em habeas corpus contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que denegou o pedido de desentranhamento das provas obtidas a partir dos telefones celulares dos corrêus, apreendidos por ocasião da prisão em flagrante.

Afirmou, em síntese, que as instâncias ordinárias mantiveram nos autos da ação penal prova ilícita, consistente em mensagens extraídas de aplicativos de comunicação e de armazenamento de dados, instalados nos aparelhos celulares já referidos, sem autorização judicial. Alegou afronta aos arts. 5º, XII, da Constituição da República, e 7º, III, da Lei nº 12.965/14. Disse que após a apreensão do aparelho celular, a polícia federal obrigatoriamente teria que ter oficiado ao Juízo, com o conhecimento do MPF, antes de proceder à devassa unilateral no conteúdo do aparato, que, necessariamente, teria que ser acompanhada pelo MPF e especialmente pelas Defesas, diante dos riscos naturais do desvirtuamento, acréscimos e exclusões indevidas do conteúdo a ser extraído. Imagine-se, Excelência, um policial malintencionado ou inimigo de uma das partes, com o poder pleno e soberano, para, ao seu livre e exclusivo arbítrio, transcrever conteúdo de eventuais conversas, incluindo e excluindo pontos que o interessasse e interpretando o extraído como bem entendesse.

Seria o retorno ao mais sombrio regime autoritário. Invocou o julgado proferido nos autos do RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016.

O recurso foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ fl. 924):

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRESOS EM FLAGRANTE QUE TIVERAM SEUS

TELEFONES CELULARES ACESSADOS PELA POLÍCIA SEM MANDADO JUDICIAL. NULIDADE. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. A defesa, no writ originário, pleiteava a revogação da prisão preventiva em decorrência da falta de justa causa oriunda da nulidade das provas adquiridas por meio do acesso aos smartphones. Neste habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a defesa repisa o argumento de nulidade da quebra do sigilo dos telefones celulares, mas cinge-se a pedir a "exclusão processual de todas as provas obtidas e as provas derivadas".
2. Sem mandado judicial, é ilícito o acesso tanto dos dados gravados acessados pela polícia ao manusear o aparelho, quanto dos dados eventualmente interceptados no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea.
3. Recurso provido, a fim de reconhecer a ilegalidade das provas produzidas pelo acesso aos telefones celulares sem mandado judicial, determinando ao Juiz de primeira instância que avalie quais evidências devem ser eliminadas dos autos por derivação, bem como as que devem remanescer em função de fonte independente ou de descoberta inevitável.

A decisão contrária, contudo, o art. 5º, XII e LVI, da Constituição da República, como se demonstrará a seguir.

II - DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO

A repercussão geral da causa é extraída dos reflexos diretos e indiretos que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça poderá gerar na sociedade, dizendo respeito aos limites da proteção constitucional ao sigilo das comunicações telefônicas e de dados, bem como à licitude da prova. Em tese, atingirá toda e qualquer pessoa pega em flagrante, na posse de aparelho celular, cujos dados de aplicativos de mensagens e de armazenamento de textos venham a ser acessados pela polícia, sem prévia autorização judicial.

Ressalte-se que em caso similar, relacionado à visualização, pela polícia, sem autorização judicial, da agenda e dos registros de chamadas de telefones celulares apreendidos quando do flagrante, a repercussão geral foi reconhecida por esse Supremo Tribunal Federal.

Confira-se:

EMENTA CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PERÍCIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM APARELHO CELULAR ENCONTRADO FORTUITAMENTE NO LOCAL DO CRIME. ACESSO À AGENDA TELEFÔNICA E AO REGISTRO DE CHAMADAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM QUE SE RECONHECEU A ILICITUDE DA PROVA (CF, ART. 5º, INCISO LVII) POR VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES (CF, ART. 5º, INCISOS XII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL

DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.

(ARE 1042075 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 23/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 11-12-2017 PUBLIC 12-12-2017).

III - RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA: CONTRARIEDADE AO ART. 5º, XII E LVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Não obstante o entendimento do acórdão ora impugnado, no sentido de que, sem mandado judicial, é ilícito o acesso tanto dos dados gravados acessados pela polícia ao manusear o aparelho, quanto dos dados eventualmente interceptados no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea, a visão do Ministério Público Federal é a de que essa orientação não se comporta nos limites do direito ao sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, previsto no art. 5º, XII, da Constituição da República.

A premissa de que se deve partir para a adequada compreensão da matéria é a de que o objeto da proteção constitucional é a comunicação ou a troca de dados e não os dados propriamente ditos. A exemplo das comunicações telegráficas, em que a Constituição não prevê sequer a possibilidade da autorização judicial para fins de interceptação, o que se deseja garantir é a impossibilidade de um terceiro interferir nessa comunicação, não o sigilo dos dados gerados por essas mesmas comunicações. É por isso que a Constituição abriu exceção para as comunicações telefônicas, admitindo a autorização judicial para a gravação do respectivo diálogo que, de outra maneira, se perderia, de forma definitiva, mesmo quando relevante para a elucidação de determinado

ilícito. Não há nada, portanto, de errado na utilização desses dados ou registros, sempre que obtidos a partir de meios lícitos, previstos no ordenamento jurídico.

É isso o que tem sido afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, quando chamado a definir o alcance do art. 5º, XII, da Constituição da República. Tome-se, como exemplo, a decisão proferida no julgamento do HC 91.867/PA, cuja ementa possui o seguinte teor, naquilo que interessa:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. [...]. 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por

derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.

(HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012).

Embora o acórdão haja negado a ilegalidade da utilização, sem prévia autorização judicial, dos registros de números telefônicos contidos em dois aparelhos apreendidos em decorrência da prisão em flagrante dos pacientes, a situação, em rigor, não difere daquela discutida nestes autos.

Isso porque, à semelhança daqueles registros, que se consideraram, para fins de proteção ao sigilo das comunicações telefônicas, apenas como dados ou provas, conversas registradas em aplicativos também representam apenas o registro de comunicações efetuadas no passado, não a comunicação em si. São sempre dados e, por isso, quando licitamente descobertos, não se submetem a nenhum sigilo. O melhor exemplo talvez seja o de uma conversa telefônica espontaneamente gravada por um dos interlocutores. Esse registro, a que se pode dar inclusive a forma documental, na hipótese de sua degravação, constitui o dado ou a prova, para cuja utilização dispensa-se qualquer autorização judicial prévia, sob pena de se tornar inviável a própria persecução criminal.

A advertência já se fazia ouvir pelo Ministro Moreira Alves, em longínquo precedente da Corte Suprema sobre a matéria (MS 21.729/DF), ao dizer que mesmo com relação àquelas outras comunicações, não se fala em ordem judicial, porque é ordem judicial para efeito de interceptação, mas ninguém nega que pode haver ordem judicial para busca e apreensão [...] levando-se em conta o conceito de privacidade, com um certo elastério, mesmo assim esse conceito não seria absoluto, seria relativo, e sendo assim aplicar-se-ia o mesmo princípio daqueles outros que também são relativos e que estão no inciso XII, que são a autorização judicial para comunicação realmente, enquanto que nos outros casos é a busca e apreensão, porque nunca ninguém sustentará

que busca e apreensão ficaria barrada por inviolabilidade constitucional, senão seria o paraíso do crime.

Em julgado no qual se discutia a validade do acesso a e-mails encontrados em computador apreendido por determinação judicial, aquela Corte reafirmou a validade da utilização das respectivas mensagens, mesmo sem autorização judicial prévia, lembrando, mais uma vez, o fato de que o sigilo não atinge informações armazenadas em dispositivos eletrônicos, mas apenas a troca dessas informações:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE CRIME DE FALSIDADE DOCUMENTAL. BUSCA E APREENSÃO. VALIDADE. DILIGÊNCIA REALIZADA EM ÓRGÃO PÚBLICO. ARRECADAÇÃO DE COMPUTADORES SOBRESSALENTES À ORDEM JUDICIAL. ENTREGA VOLUNTÁRIA DAS MÁQUINAS PELA AUTORIDADE RESPONSÁVEL. CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO OBSERVADA. EXAME PERICIAL CONDICIONADO À POSTERIOR AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PRESERVAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ACESSO AOS DADOS REGISTRADOS EM DISPOSITIVO ELETRÔNICO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS EM PROCEDIMENTO CRIMINAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO VERIFICAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PRÓPRIOS DA FASE JUDICIAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A circunstância excepcionalíssima da entrega espontânea e voluntária de computador de titularidade de ente público, quando franqueada a sua apreensão pela autoridade responsável da unidade administrativa, revela-se compatível com a cláusula de reserva de jurisdição, ainda que sobressalente ao mandado judicial. 2. Conquanto verificada a entrega voluntária ao agente policial, o exame pericial nos equipamentos apreendidos, condicionado à autorização específica da autoridade judicial responsável pela supervisão do caderno investigativo, resguarda a regularidade da apreensão e o direito à privacidade do repositório de dados e de informações neles contidos. 3. Descabe invocar a garantia constitucional do sigilo das comunicações de dados quando o acesso não alcança a troca de dados, restringindo-se apenas às informações armazenadas nos dispositivos eletrônicos. A orientação jurisprudencial do STF assinala que “A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270)” (RE

418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2006). 4. Em se tratando de instrumento destinado à formação da opinio delicti do órgão acusatório, o procedimento administrativo de investigação criminal não demanda a amplitude das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, próprias da fase judicial. Eventual prejuízo advindo do indeferimento de diligências no curso das apurações (nomeação de assistente técnico e formulação de quesitos) é passível de questionamento na ação penal decorrente do respectivo inquérito policial. 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 132062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 23-10-2017 PUBLIC 24-10-2017).

Ora, assim como a busca e apreensão torna lícito o uso dos dados resultantes de quaisquer formas de comunicação, a conclusão não poderia ser diferente para as hipóteses de prisão em flagrante, nas quais compete à autoridade policial, nos termos do art. 6º, I e II, do Código de Processo Penal, apreender os objetos que tiverem relação com o fato e colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Se é dever da polícia apreender os objetos que tiverem relação com o fato e colher as provas necessárias ao esclarecimento das suas circunstâncias, é inerente a possibilidade do acesso irrestrito ao conteúdo desses mesmos objetos.

Com que fundamento se poderia exigir, após a apreensão de aparelhos ou dispositivos eletrônicos encontrados em poder de alguém que esteja praticando algum delito, autorização judicial prévia para colher dados que se encontram ali armazenados, invocando uma proteção constitucional que resguarda, como já disse a Suprema Corte, apenas o momento da sua comunicação ?

O equívoco, talvez, seja, para muitos, o de não se darem conta de que diálogos transcritos e registrados em aparelhos telefônicos, bem como textos neles armazenados, são dados documentados e não comunicações. Assim como constituem dados e, portanto, provas, quaisquer diálogos gravados em outros meios mecânicos, como fitas, pendrives ou computadores.

No caso dos autos, os dados obtidos pela polícia também

poderiam estar armazenados em qualquer outro meio físico ou até transcritos em papéis guardados com os agentes flagrados, sem que seu uso devesse suscitar iguais perplexidades.

Por tudo isso, a única conclusão possível para o Ministério Público Federal é a de que a extração dos diálogos e informações contidas nos aparelhos telefônicos apreendidos no momento da prisão em flagrante dos corréus não viola nenhum dos sigilos constitucionalmente resguardados, sendo, por isso, lícita, como o são as provas dela derivadas. Daí a negativa de vigência, pelo acórdão ora recorrido, ao art. 5º, XII e LVI, da Constituição da República.

IV – PEDIDOS

Diante do exposto, o Ministério Público Federal requer o regular processamento do feito, com a intimação do recorrido para apresentar as contrarrazões, bem como a admissão, o conhecimento e o provimento do presente recurso extraordinário, para que seja reformado o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo-se a licitude da prova produzida pelo acesso a telefones celulares sem autorização judicial, objeto destes autos.

Brasília, 13 de maio de 2020.

HINDEMBURGO CHATEAUBRIAND FILHO
Subprocurador-Geral da República