



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2462552 - CE (2023/0325669-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO : JOAO VITOR DOS SANTOS
ADVOGADO : PHABLO HENRIK PINHEIRO DO CARMO - CE032714

DECISÃO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ** agrava de decisão que inadmitiu seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** no HC n. 0636521-81.2022.8.06.0000.

No especial, o recorrente sustenta violação dos arts. 6º, III, 240 e 248 do Código de Processo Penal.

Assevera que "o recorrido João Vitor dos Santos, embora não fosse o alvo do mandado de prisão, praticou delitos tentando impedir a execução da ordem judicial, inclusive por meio de intimidação aos policiais quando alegou que conhecia um coronel da polícia militar. Não bastasse isso, no mesmo contexto fático, ele iniciou um processo de destruição do seu aparelho celular, que nada mais é do que um comportamento típico de quem deseja esconder a prática de crimes, cuja descoberta poderá ser exitosa a partir dos vestígios nele eventualmente encontrados" (fl. 305). Conclui, assim, que havia fundada suspeita de seu envolvimento na prática ilícita, a justificar a apreensão de seu aparelho e posterior quebra de sigilo dos dados ali contidos.

Requer, dessa forma "seja revogado, *in totum*, o Acórdão recorrido, restabelecendo a prisão preventiva do recorrido; [bem como] tornadas sem efeitos as decisões judiciais que tenham usado, no contexto da mesma investigação /processo criminal (Processo nº 0214385-89.2021.8.06.0001, perante a VDOC do Estado do Ceará), o acórdão recorrido como fundamento para concessão de alvarás de soltura em benefício de outros investigados/réus, reconhecimento da nulidade

de provas, ou mesmo procedido ao trancamento de PIC/s, inquéritos policiais ou ações penais" (fl. 310).

A Corte estadual não admitiu o recurso, com fundamento na Súmula n. 7 do STJ, o que ensejou a interposição deste agravo.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do especial.

Decido.

O agravo é tempestivo e refutou a aplicação da Súmula n. 7 desta Corte Superior. Além disso, noto que o recurso especial preencheu os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Extrai-se dos autos que, durante o cumprimento de mandado de prisão preventiva expedido em desfavor de Francisca Valeska Pereira Monteiro, companheira do ora recorrido, este teria manifestado resistência à ordem e, na mesma oportunidade, tentado quebrar seu celular, o que fez com que os policiais apreendessem o aparelho e solicitassem autorização de acesso aos dados ali contidos (fls. 193-198).

A medida foi autorizada pelo Juízo singular, sob a seguinte motivação (fls. 208-210, grifei):

Pelo que consta do pedido, assim como de tudo acostado no Proc. Nº 0214385-89.2021.8.06.0001, há **razoável suspeita de que Francisca Valeska Pereira Monteiro possui envolvimento com o grupo criminoso Comando Vermelho - CV, atuando como sendo uma das lideranças e membro do Conselho Permanente da aludida facção criminosa**, razão pela qual este colegiado, após requerimento policial, decretou a sua respectiva prisão preventiva, bem como busca e apreensão.

No ato do cumprimento da medida, ocorrida em uma pousada localizada no município de Gramado/RS, a investigada foi **capturada na companhia de João Vitor dos Santos**, vulgo "Brinquedo", indivíduo com antecedentes criminais por porte ilegal de arma de fogo e que **resistiu a investida policial ameaçando os agentes da lei** ao afirmar que conhecia um tenente-coronel da Polícia Militar e que os policiais "iriam ver o que ia acontecer".

Neste momento, "Brinquedo" ainda **tentou quebrar o celular que detinha em sua posse**, em possível tentativa de impossibilitar acesso às mensagens ali contidas.

Sendo assim, é de se notar que, ao ser feito **perícia nos componentes dos aparelhos telefônicos apreendidos, seja aquele de propriedade da investigada, bem como se seu companheiro**, poderão ser colhidas informações imprescindíveis para a identificação dos demais membros que integram a organização criminosa ora investigada, bem como colher outras provas de tudo aquilo que a Autoridade Policial alega.

No final das diligências foram apreendidos os seguintes aparelhos telefônicos:

[...]

É cediço que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XII, erigiu a status constitucional o direito fundamental à inviolabilidade do sigilo dos dados e das comunicações telefônicas. Todavia, não se trata de um direito absoluto, sendo lícitas a colheita de provas oriundas da quebra do sigilo telemático, desde que determinadas por ordem judicial fundamentada, nas hipóteses e na forma que a Lei 9.296/96 preconiza, servindo, assim, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Os fatos narrados, *de per si*, demonstram a necessidade da continuidade do acompanhamento policial visando à desarticulação da organização criminosa e a responsabilização de todos os envolvidos.

Ademais, é de se notar que, em novo *modus operandi*, como forma de evitar a interceptação das informações veiculadas, cada vez mais, as facções criminosas fazem uso de aplicativos de comunicação (*whatsapp*, *telegram* e etc.) para coordenar suas próximas ações, controlar os membros que a ocupam, bem como emitir diversos "salves" que constantemente assolam nossa Urbe.

Faz-se mister destacar ainda que a medida excepcional e subsidiária. No presente caso, as provas dificilmente poderão ser obtidas por outros meios, já que a população, por muitas vezes, se recusa a prestar depoimento por receio de sofrer represálias, pois, é de senso comum que as organizações criminosas instituem a lei do silêncio com atos de violência.

Ressalte-se ainda que todos os meios convencionais de investigações disponíveis já foram utilizados, contudo, revelaram-se insuficientes para fins de erigir provas e dar continuidade à apuração dos ilícitos penais. Desse modo, faz-se necessário que o Poder Judiciário atue e conceda às autoridades policiais os instrumentos necessários para que, dentro da estrita legalidade, possa coibir a prática delituosa, garantindo assim a manutenção da

ordem pública, que dentre outras coisas se impõe como medida indispensável para a manutenção da credibilidade dos órgãos que lidam com a Justiça.

In casu, restou satisfatoriamente demonstrado: **os fortes indícios da participação da investigada Francisca Valeska Pereira Monteiro na organização criminosa em comento**; a medida como único meio para a obtenção de provas; a necessidade urgente do seu deferimento para a cessação de condutas ilícitas; bem como que o fato investigado constitui infração penal punida com pena de reclusão.

A defesa impetrou habeas corpus perante a Corte local, sob alegação de nulidade da autorização de acesso aos dados do aparelho celular do recorrido. A ordem foi concedida, por maioria. Confira-se (fls. 279-286, destaquei):

In casu, a pretensão do paciente, conforme se verifica no relatório do judicioso voto da relatoria do feito, às páginas 266/275, cinge-se à decretação de nulidade de provas obtidas através de perícia realizada no telefone celular do paciente sob o argumento de que a apreensão do referido aparelho ocorrera de modo ilícito, com violação dos direitos constitucionais deste, caracterizando a chamada "pescaria probatória" ou "fishing expedition".

É de se ressaltar, de logo, que **o paciente sequer era alvo da investigação inicial**. Tem-se, no caso, que os policiais civis que encetavam a investigação contra a companheira do ora paciente **não tinham qualquer autorização para apreender o telefone celular em questão**, caracterizando, essa prática, clara violação do direito constitucional do paciente.

Sobre essa questão, é imperioso que se diga que a situação de nulidade absoluta é aquela que decorre da violação de algum princípio constitucional ou de norma que tutele o interesse público, de modo que, em razão da gravidade dessa violação, a nulidade absoluta é insanável, podendo, inclusive, ser reconhecida de ofício pelo juiz e em qualquer grau de jurisdição.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado, sob entendimento que o desvio de finalidade na busca domiciliar caracteriza uma pesca probatória (*fishing expedition*), vedada no nosso ordenamento:

[...]

Nesse mesmo sentido, cito ainda, os seguintes precedentes da Corte Cidadã: (I) STJ - HC: 695.457/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 14/03/2022; (II) STJ - HC: 732.490/PA, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe 15/08/2022; e

(III) STJ - HC: 738.263/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 03/05/2022.

Fica evidente, portanto, repito, que **o ora paciente não estava sequer sendo investigado pelos policiais.**

Diante de todo o contexto narrado, consoante dispõe o art. 157 do CPP, não é outra a conclusão, se não a que se mostram inadmissíveis as provas obtidas em violação às normas constitucionais (art. 5º, XI, da CF) e legais (art. 240 a 248 do CPP), como no caso dos autos.

Importante relembrar, ainda, a questão das provas ilícitas por derivação, que são aquelas provas que em si mesmas são lícitas, mas que foram captadas de forma ilícita. É a conhecida teoria dos "frutos da árvore envenenada", segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Nesse sentido leciona Nestor Távora:

[...]

Tal teoria não se comporta apenas nos repositórios doutrinários, pois tem expressão normativa no art. 573, § 1º, que claramente dispõe que "a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência".

Assim tem entendido este Eg. Tribunal de Justiça, vejamos:

[...]

Isto posto, conheço do presente Habeas Corpus para conceder a ordem determinando a anulação de todas as provas decorrentes da apreensão inconstitucional do telefone celular em questão, com a consequente expedição, pelo setor competente deste egrégio Tribunal de Justiça, de alvará de soltura em favor do paciente, a ser cumprido no prazo de 24h, isto se não houver outro motivo determinante da clausura.

De início, cumpre ressaltar que a quebra do sigilo de aparelho de telefonia celular 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 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 público utilizados, dentre outros.

Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados nos aparelhos acessados 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 capaz de captar emanações 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 fundamental 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 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 previstos no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, **só podendo, portanto, ser acessados e usados 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 constitucionais 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".

A Lei n. 9.296/1996, a qual rege a matéria atinente à interceptação de comunicações telefônicas, dispõe que a medida, para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, **dependerá de ordem do juiz competente para a ação principal e somente poderá ser decretada se houver indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal, se a prova não puder ser feita por outros meios e se o fato investigado for punível com reclusão.** Mais adiante, em seu art. 5º, a lei estabelece que a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade.

Na hipótese, a moldura fática extraída da decisão proferida pelo Juízo singular e pelo Tribunal *a quo*, anteriormente transcritas, evidencia que: a) o ora

recorrido **não era alvo da investigação em que foi expedido mandado de prisão preventiva contra sua companheira**; b) com a chegada dos policiais, ele teria tentado impedir o cumprimento do mandado de prisão preventiva de sua consorte e, na mesma oportunidade, tentou destruir seu próprio aparelho celular; c) diante desse cenário, os agentes apreenderam o *smartphone* e representaram pela quebra de sigilo, que foi autorizada pelo Juízo singular.

Contudo, a simples leitura da decisão proferida em primeira instância evidencia que **não havia indícios suficientes do envolvimento do recorrido com a suposta organização criminosa**.

De fato, após discorrer sobre as circunstâncias que se desenrolaram durante o cumprimento do mandado de prisão preventiva da companheira do recorrido, o Magistrado concluiu que "restou satisfatoriamente demonstrado: os **fortes indícios de participação da investigada Francisca Valeska Pereira Monteiro na organização criminosa em comento**" (fl. 210, grifei).

Assim, vê-se que **não houve menção a elementos indicativos do suposto envolvimento do companheiro da investigada na atividade ilícita**, de modo que **não havia dados concretos a justificar o acesso aos dados de seu celular, ao menos no âmbito da investigação em análise**.

Logo, observo que a conclusão da Corte local está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior. Nesse sentido:

[...]

1. O art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, assegura a inviolabilidade das comunicações. A mesma norma ressalva a possibilidade de quebra de sigilo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela Lei n. 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

2. Cuidando-se de norma que excepciona direito fundamental, estabelece o inciso II do art. 2º da Lei n. 9.296/1996 que não será admitida a interceptação telefônica se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, a denotar, assim, seu caráter subsidiário. Ademais, deve haver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão.

3. É imprescindível, outrossim, que a decisão seja devidamente fundamentada, em observância ao art. 5º da Lei n. 9.296/1996, bem como ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. No entanto, anoto que fundamentação suficiente não se confunde com

fundamentação exaustiva, sendo adequada, ainda que concisa e sucinta, desde que demonstre os requisitos autorizadores da medida.

4. No caso em tela, verifica-se que as decisões proferidas pelo juízo de primeiro grau não descrevem minimamente a alegada necessidade da quebra do sigilo ou da expedição do mandado de busca e apreensão, assim como **não fazem qualquer menção aos indícios de autoria ou participação em infração penal.**

[...]

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RHC n. 183.779/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/2/2025, DJEN de 13/2/2025)

[...]

1. Embora asseguradas, constitucionalmente, a intimidade e a privacidade das pessoas, o sigilo das comunicações telefônicas não constitui direito absoluto, pois pode sofrer restrições se presentes os requisitos exigidos pela Constituição Federal e pela Lei n. 9.296/1996.

2. A Lei n. 9.296/1996, a qual rege a matéria atinente à interceptação de comunicações telefônicas, dispõe que a medida, para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente para a ação principal e somente poderá ser decretada se houver indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal, se a prova não puder ser feita por outros meios e se o fato investigado for punível com reclusão. Mais adiante, em seu art. 5º, a lei estabelece que a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade.

3. **É nula a decisão judicial que autoriza a interceptação telefônica de alguém tão somente com a finalidade de investigar outrem**, que seria um possível interlocutor do primeiro. Para a decretação da medida, **é necessária a demonstração concreta da existência de indícios de autoria ou de participação da pessoa investigada.**

4. No caso, a defesa se insurge contra decisão que autorizou a interceptação telefônica da paciente no curso de investigação destinada a apurar a prática de formação de cartel, associação criminosa e organização criminosa no âmbito dos serviços de transporte rodoviário de veículos zero-quilômetro. Embora a paciente ocupe o cargo de vice-presidente em grupo econômico apontado como integrante do cartel, **não há, na decisão judicial que autorizou a medida, menção a eventual envolvimento nem mesmo potencial ciência por parte dela a respeito do esquema criminoso.** A quebra de sigilo das comunicações telefônicas da

investigada foi requerida apenas com a finalidade de tentar identificar a linha telefônica de seu pai (presidente do grupo econômico) e possivelmente captar algum diálogo entre ambos.

5. Portanto, a quebra de sigilo telefônico está absolutamente carente de fundamentação idônea, notadamente porque **nem sequer faz referência a indícios de autoria ou de participação da paciente nos delitos investigados**. São ilícitas, então, as provas obtidas por meio das interceptações telefônicas da paciente, bem como de todas as que delas decorreram.

6. Ordem concedida para reconhecer a nulidade das interceptações telefônicas da paciente, bem como de tudo o que delas decorreu, com o consequente trancamento do inquérito policial em relação à paciente.

(HC n. 867.778/SP, relator Ministro **Rogério Schietti Cruz**, Sexta Turma, julgado em 24/9/2024, DJe de 27/9/2024, destaquei)

À vista do exposto, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2025.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator