



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 869756 - SP (2023/0416296-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : LUIZ RICARDO SANTOS CANEDO
ADVOGADOS : LUIZ RICARDO SANTOS CANÊDO - SP405485
VITOR VIEIRA SILVA - SP441006
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ---
CORRÉU : ---
CORRÉU : ---
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de Habeas Corpus impetrado em favor de ---, contra acórdão proferido pela 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento ao recurso defensivo.

Nas razões do *Habeas Corpus*, a parte requer deferimento da ordem para que seja anulada a prova obtida pela quebra de sigilo telemático e pela oitiva da paciente na qualidade de testemunha.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo denegação do *writ*.

É o relatório

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, sendo possível a concessão da ordem de ofício. Veja-se:

“A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso pertinente. Precedentes.” (AgRg no HC n. 764.589/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 14/2/2024.).

O entendimento é de elevada importância, porquanto deve-se utilizá-lo com fito de preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

No entanto, cabe conceder ordem de ofício em caso de flagrante ilegalidade do ato impugnado. Com essas premissas, verifico aqui a ocorrência de flagrante ilegalidade, que reclama a concessão, ex officio, da ordem.

O Tribunal local denegou a ordem de *habeas corpus*, nos seguintes termos:

"Cuida-se de habeas corpus impetrado em favor de --- ---, sob o argumento de que o paciente sofre constrangimento ilegal, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia.

Mas, na análise dos argumentos trazidos na impetração, forçoso concluir que a denegação da ordem é medida que se impõe.

De fato, a paciente está sendo processada pela prática de homicídio qualificado, pois no dia 10 de maio de 2023, na cidade de Atibaia, previamente ajustada com os corréus --- e ---, teria matado a vítima --- desferindo golpes de facção e disparos de arma de fogo, por motivo torpe, utilizando-se de meio cruel, dissimulação, emboscada e recurso que dificultou a defesa da vítima.

Ora, ainda que a paciente tenha sido levada pelos policiais à delegacia para prestar esclarecimentos, não há notícias de que foi coagida a prestar depoimento, tanto que foi ouvida na condição de testemunha (termo de declarações – fls. 09/11) – que não possui direito ao silêncio e prescindir de advogado – e negou qualquer participação no delito, tanto que foi liberada pela autoridade policial.

Afinal, as investigações apontaram que a vítima mantinha um relacionamento extraconjugal com a paciente – que é mãe do paciente Jean e também se relacionava com o corréu Uaques – e diante da suspeita de que teria efetuado uma ligação telefônica para atrair o ofendido até o local do crime, tem-se que a apreensão do seu aparelho celular foi ilegítima, sem a necessidade de expedição de mandado de busca e apreensão.

De mais a mais, com o avanço das investigações, a paciente foi interrogada pela autoridade policial, na presença de seus advogados, e optou pelo silêncio (fls. 230 dos autos de origem) e, posteriormente, em juízo, sob as garantias do contraditório e ampla defesa, negou a prática do crime (fls. 616 dos autos de origem), de sorte que, não se vislumbra ilegalidade manifesta, a ponto de justificar o desentranhamento do primeiro depoimento prestado à autoridade policial.

Afinal, como se sabe, eventuais vícios do inquérito, a princípio, não contaminam a ação penal, inclusive porque, repita-se, a paciente foi interrogada pela autoridade policial, na presença de seus advogados, e, posteriormente, em juízo, a ponto de não se verificar qualquer irregularidade ou ilegalidade capaz de viciar a ação penal.

Nesse sentido segue tranquila a jurisprudência:

(...)

Assim, se foram preservados todos os direitos da paciente, principalmente no que se refere à ampla defesa e ao contraditório, não há qualquer irregularidade a ser decretada.

E, não é demais lembrar, a jurisprudência do Pretório Excelso se encaminha no sentido de que é imprescindível demonstrar prejuízo decorrente da irregularidade para que se justifique a nulidade processual:

(...)

Em suma, na ausência de ilegalidade manifesta, a ponto de justificar o deferimento da ordem de ofício, tampouco violação a direito da paciente, a denegação da ordem é medida que se impõe para a correta solução do caso em questão.

Diante do exposto, DENEGA-SE A ORDEM."

Estamos diante de duas supostas violações. O direito ao silêncio e a defesa técnica quando a paciente foi conduzida e interrogada na delegacia e o direito a privacidade de dados de seu celular.

A paciente fora conduzida pelos investigadores de polícia, um dia após o crime, até a delegacia de Atibaia, sem qualquer intimação prévia ou informação sobre seus direitos, como o de permanecer em silêncio e de ser assistido por um advogado.

Destaco que nenhuma testemunha deve receber ordem de parada de seu veículo em investida policial para mera colheita de informações, com posterior condução à solo policial, uma vez que as testemunhas devem ser intimadas para comparecer a delegacia.

Ainda, o Relatório Final proferido pela Autoridade Policial (fls. 247) é apontado que: “[...] *Diante das suspeitas, **no dia do crime**, foi decidido efetuar a oitiva de ---, Jean e Uaques, objetivando elucidar a autoria do homicídio.*”

Portanto, sua condução e oitiva foi na qualidade de suspeita, não de testemunha.

Logo, a Paciente fora impedida de exercer seus direitos constitucionais mínimos de garantia ao silêncio e de ter seu ato acompanhado por advogado (STF, RHC 207.459.J. 25/04/2023; STF, AgR no HC 186.797, j. 03.07.2023 e STJ, HC 425.044, j. 15.03.2018), visto que conduzida como verdadeira suspeita da prática delituosa.

Não obstante, o C. STF, no julgamento das ADPF's 395 e 444, já entendeu pela inconstitucionalidade da utilização da condução coercitiva de investigado para fins de interrogatório policial, como se deu neste caso.

Sobre o tema, cito Rogério Sanches Cunha:

“Na verdade, qualquer pessoa, ao confrontar-se ante o Estado em atividade persecutória deste, deve ter a proteção jurídica contra a tentativa de forçar ou induzir a produção da prova favorável ao interesse punitivo estatal.

Na lição de João Claudio COUCEIRO, “as testemunhas podem invocar o direito ao silêncio, quer para não se auto-incriminar, quer para escapar da responsabilidade civil e administrativa. [...] Tal direito é amplo, e não depende da existência de procedimento investigativo para apurar os fatos em que a testemunha estava envolvida ...” (A garantia constitucional do direito ao silêncio. São Paulo: RT, 2004, p. 220).

Mais especificamente sobre a oitiva de adolescentes, pontua COUCEIRO, que “o adolescente deverá ser lembrado, assim, de seu direito de permanecer em silêncio toda vez que for ouvido por qualquer

autoridade (pouco importando seja ela policial, membro do Ministério Público ou judicial), ... (idem, p. 260).

Essa é a compreensão moderna, não encontrada, por óbvio, na regra antiga, já presente no Direito Romano, do nemo tenetur se detegere, e que vem sendo aperfeiçoada ao longo dos séculos, sobretudo a partir das ampliações conceituais que lhe vêm dando as Cortes Constitucionais de diversos países centrais.

(...)

Não pode restar nenhuma dúvida, portanto, de que não apenas o preso, mas qualquer pessoa que seja chamada a depor perante agente estatal, não pode ser compelida, sob qualquer meio, a prestar declarações, máxime quando, como na hipótese sob análise, expressamente manifestou o desejo de permanecer em silêncio, motivo por que o juiz lhe endereçou a advertência de que, “se não falasse a verdade” poderia “ser novamente apreendido” (fl. 398).”

Outrossim, esta Corte entende pela impossibilidade de corréu testemunhar em ação penal: **“É vedada a oitiva de corréu na condição de testemunha ou informante, salvo no caso de corréu colaborador ou delator.”** (RHC n. 76.951/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 9/3/2017, DJe de 16/3/2017.)

Desse modo, verifico a total ilicitude da primeira oitiva da paciente em delataria, como “testemunha” e sem ter seus direitos e garantias constitucionais garantidos.

Ainda, sem ordem judicial ou sem estar em estado de flagrância, o veículo da Paciente, um Ford Fiesta, foi interceptado por uma viatura da polícia civil na estrada perto do local onde trabalhava (Fazenda Paraíso – Atibaia). Neste momento, um dos integrantes da equipe policial, entrou em seu veículo e tomou assento no banco do passageiro e, ato contínuo, se apossou do seu celular.

Acerca do tema, jurisprudência dessa Corte no sentido de ser prescindível mandado judicial para a mera apreensão do aparelho celular:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. APREENSÃO DE APARELHO CELULAR NO MOMENTO DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE. BUSCA PESSOAL. EXCEÇÕES DELINEADAS NO ART. 244 DO CPP. 1. Nos presentes autos, discute-se, em suma, a possibilidade da apreensão de telefone celular pela autoridade policial, na posse do investigado, no momento do cumprimento de mandado de prisão preventiva, sem que haja mandado de busca e apreensão anterior e sem que seja lavrado auto de prisão em flagrante na mesma diligência. 2. De acordo com Gustavo Henrique Badaró: a busca pessoal incide sobre a pessoa humana, abrangendo seu corpo, suas vestes (que é um provável meio de ocultação de coisa) e outros objetos ou coisas que estejam em contato com o corpo da vítima ou que por ela sejam transportados (bolsas, mochilas, malas etc.). 3. Depreende-se dos fatos narrados pela própria defesa, que o acusado não estava em sua residência nem em seu local de trabalho, mas se deslocando de um local para o outro, em via pública; e, nesse momento, foi cumprida a ordem de prisão e apreendidos os bens pessoais na posse do réu.

Diante de tal narrativa, trata-se de busca pessoal consubstanciada no momento de efetivação da ordem de prisão preventiva. 4. Segundo o art. 244 do Código de Processo Penal, existem três hipóteses em que permitida a busca pessoal com dispensa de autorização judicial anterior, quais sejam: os casos de prisão, quando determinada a busca domiciliar ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. 5. Cabível a apreensão de aparelho celular, nos moldes delineados, pois, segundo a doutrina, a busca pessoal abrange as vestimentas usadas, os pertences móveis que o investigado esteja carregando no momento da prisão, bem como o próprio corpo. Dessa forma, o celular que se encontra na posse do réu, no momento da prisão, enquadra-se na definição de "pertences móveis que o investigado esteja carregando", o que torna a sua apreensão justificada. 6. Ressalta-se que o caso dos autos trata apenas da apreensão do aparelho celular em posse do investigado, não abrangendo, portanto, a extração dos dados com visualização das mensagens recebidas via SMS e Whatsapp, uma vez que, in casu, após a apreensão do celular, foram devidamente autorizadas pelo Juiz singular a análise e a coleta de dados e, apenas a partir daí, foram colhidas as informações. 7. A decisão que autorizou a análise e coleta dos dados inseridos no celular encontra-se devidamente fundamentada, já que, mediante dados concretos, fez alusão ao fato de que o aparelho celular poderia estar sendo usado para a prática do delito de tráfico de drogas na região. 8. Recurso em habeas corpus improvido.(STJ -RHC: 118451 PR 2019/0291585-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/08/2020, T6 SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/08/2020. Grifei)

Contudo, no caso em apreço, verifico que a paciente não estava sendo presa, não havia mandado de busca e apreensão e nem motivos para busca pessoal ou condução coercitiva para a delegacia. Desse modo, declaro ilícita a apreensão do celular e as provas derivadas, tendo em vista a violação dos direitos da paciente e da forma preceituada pelo Código de Processo Penal (artigo 241 do CPP),

Verifico, ainda, que o que realmente ocorreu, fora a apreensão ilegal do objeto (aparelho celular), ocorrendo verdadeira *fishing expedition*, com a quebra de sigilo telemático (ERB's – estações rádiobase), bem como dados de bilhetagens (ligações telefônicas -fls. 574/615), sem decisão judicial apresentada nos autos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO AO CELULAR DA CORRÉ E ÀS CONVERSAS DO WHATSAPP ARMAZENDAS NO REFERIDO APARELHO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSENTIMENTO DA CORRÉ. ÔNUS DA PROVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NULIDADE. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem enfatizando, em sucessivos julgados, que é ilícita a tomada de dados, bem como das conversas de Whatsapp, obtidas diretamente pela autoridade policial em aparelho celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. O contexto descrito especialmente no acórdão, ora impugnado, não demonstrou expressamente a voluntariedade da autorização para o acesso ao aparelho celular da corré Joana. E segundo a nova

orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador.

3. Esse mesmo raciocínio vem sendo utilizado por esta Corte Superior de Justiça, em situação semelhante, quanto ao ingresso forçado em domicílio, pois não é suficiente apenas a ocorrência de crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido, para assim justificar a entrada na residência do agente, ou ainda, autorização para que os policiais entrem no domicílio.

4. O depoimento do policial no sentido de que o acesso ao aparelho celular ou até mesmo ao domicílio foi franqueado pelo suspeito não basta, por si só, para validar a prova que porventura venha a ser obtida.

5. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas obtidas no aparelho celular da corré Joana, sem autorização judicial, assim como aquelas dela derivadas, e absolver o paciente da imputação delituosa (art. 386, II, do CPP), referente à Ação Penal n. 001096346.2018.8.13.0166, da Vara Única da comarca de Campos Gerais/MG. Os efeitos desta decisão deverão ser estendidos aos corréus que estiverem na mesma situação.

(HC n. 674.185/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. PROVA ILÍCITA. DADOS TELEFÔNICOS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. PROVAS COLHIDAS EM DEGRAVAÇÃO. TROCA DE MENSAGENS COM CORRÉU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O manejo de habeas corpus após o trânsito em julgado da condenação, visando reconhecer eventual ilegalidade na colheita de provas, importa em manejo do writ de modo indevido, com feições de revisão criminal.

2. Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de writ nesta instância superior, uma vez que a competência do STJ prevista no art. 105, I, e, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados 3. Os dados constantes de aparelho celular obtidos por órgão investigativo - mensagens e conversas por meio de programas ou aplicativos (WhatsApp) - somente são admitidos como prova lícita no processo penal quando há precedente mandado de busca e apreensão expedido por juiz competente ou quando há autorização voluntária de interlocutor da conversa.

4. Não há nulidade na prova da participação delitiva do agente que se dá por troca de mensagens com o corréu tendo o acesso sido autorizado tanto pela autoridade judicial quanto pelo proprietário do aparelho.

5. A verificação da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva demanda reexame de fatos e provas, procedimento incompatível com a estreita via do habeas corpus.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 646.771/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 13/8/2021.)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, contudo concedo a ordem para para que se declare nulos os interrogatórios/depoimentos da paciente (fls. 18/20), bem como as provas que apontam geolocalizações, Estações Rádio Base e extrato de ligações efetuadas e recebidas (fls. 574/615), com o conseqüente desentranhamento dos autos, declarando-se, ainda, a nulidade dos atos praticados posteriormente, a ser analisado pelo juízo de primeiro grau.

Comunique-se com urgência o Tribunal de origem e o Juízo singular.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 21 de fevereiro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora