

**RECLAMAÇÃO Nº 36.734 - SP (2018/0285479-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**RECLAMANTE** : LEONARDO DE OLIVEIRA MONTEIRO  
**ADVOGADOS** : MERHEJ NAJM NETO - SP175970  
                  DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748  
**RECLAMADO** : JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE  
                  BARRETOS - SP  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO  
                  PAULO

**EMENTA**

RECLAMAÇÃO. ACESSO A MENSAGENS ARMAZENADAS EM WHATSAPP. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. RECONHECIMENTO EM HABEAS CORPUS IMPETRADO NESTA CORTE. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ABERTURA DE VISTA ÀS PARTES. NECESSIDADE. NOVAS DILIGÊNCIAS. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA E DE ACESSO ÀS MENSAGENS. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. DESCUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PROFERIDO POR ESTA CORTE. NÃO OCORRÊNCIA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. EQUÍVOCO NO DISPOSITIVO DO RHC 89.385/SP. NULIDADE DO PROCESSO *AB INITIO*. RECONHECIMENTO.

1. Eventual determinação desta Corte para o desentranhamento, da sentença, de provas consideradas ilícitas, não impede que o Magistrado de primeiro grau determine, primeiro, o exame do alcance da decisão no caso examinado por ele, até para que o *Parquet* possa avaliar, após o descarte, a possibilidade de se manter a imputação formulada.

2. É uníssona a compreensão de que a busca pela verdade no processo penal encontra limitação nas regras de admissão, de produção e de valoração do material probatório, o qual servirá de suporte ao convencimento do julgador; afinal os fins colimados pelo processo são tão importantes quanto os meios que se utilizam para alcançar seus resultados.

3. A Constituição Federal considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito e a consequência dessa inadmissão é aquela prevista no art. 157 do CPP. Embora a redação desse dispositivo, operada pela reforma de 2008, não haja distinguido a natureza da norma violada,

# Superior Tribunal de Justiça

tal não significou a superação da separação feita pela doutrina (amplamente aceita pela jurisprudência) de que provas contrárias à lei material ou a direitos do investigado ou réu, derivados da Constituição da República, pertencem ao gênero das provas ilegais.

4. A prova ilícita, em sentido estrito, deve, então, ser associada, exclusivamente, às obtidas com violação de direitos fundamentais, materiais ou protetivos de liberdades públicas, e não àquelas obtidas com a vulneração de normas puramente processuais, ainda que estas possam ter algum subsídio constitucional.

5. Assim, as provas ilegais são ilegítimas quando infringirem normas de caráter procedimental ou de direito processual; e ilícitas quando violarem os princípios ou garantias constitucionais fundamentais ou as normas que versam sobre o direito material. E a consequência processual para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade, a impedir o seu ingresso (ou exclusão) no processo, enquanto a prova ilegítima gera sua nulidade.

6. O acesso a mensagens do WhatsApp decorrente de busca pessoal e sem autorização judicial constitui violação de uma garantia fundamental e, portanto, sua utilização possui a natureza de prova ilícita, e não de prova meramente ilegítima.

7. Sem embargo, ainda que excluída a prova ilícita, enquanto tal, é possível sua renovação, se, ainda existente e disponível no mundo real, puder ser trazida ao processo pelos meios legítimos e legais. Assim, muito embora a ilicitude imponha o desentranhamento das provas obtidas ilegalmente, nada impede seja renovada a coleta de dados (bancários, documentais, fotográficos etc), com a devida autorização judicial. Precedentes.

8. Mostra-se positivo o reconhecimento, no direito pátrio, da doutrina norte-americana das *exclusionary rules*, inclusive quanto à invalidação das provas ilícitas por derivação (ali consagrada pela *fruits of the poisonous tree doctrine*), mas igualmente se há de ponderar que, na linha também do que desenvolveu a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, há temperamentos a serem feitos ao rigor excessivo dessa doutrina. Não, evidentemente, para acolher a concepção, presente em outros povos, de que as provas ilícitas devem ser aproveitadas, punidos aqueles que causaram a violação do direito (*male captum bene retentum*). Mas, sim, para averiguar (a) se a prova lícitamente obtida seria inevitavelmente descoberta de outro modo (*inevitable discovery*), a partir de outra linha legítima de investigação, ou (b) se tal prova, embora guarde alguma conexão com a original, ilícita, não possui relação de total causalidade em

relação àquela, pois outra fonte a sustenta (*independent source*).

9. Na espécie, conquanto o acesso às conversas armazenadas no aplicativo WhatsApp do reclamante tenha ocorrido sem a devida autorização judicial, de tal sorte que foram reconhecidas ilícitas as provas produzidas a partir dessas conversas, a fonte manteve-se íntegra, tal qual era a época do delito, de tal modo que não há empecilho a que o magistrado, instado pelo Ministério Público, decida de modo fundamentado acerca da possibilidade de realização de perícia, com acesso às conversas armazenadas no WhatsApp, sem que isso represente afronta à autoridade da decisão desta Corte.

10. É possível inferir, do conteúdo do acórdão proferido no RHC n. 89.385/SP, que a prisão do acusado se deu porque haveria sido flagrado, em uma blitz, com a posse de drogas para consumo próprio. Somente com o acesso ao conteúdo das conversas no WhatsApp é que foi descoberto o crime de tráfico de drogas. Vale dizer, não havia absolutamente nenhum indicativo, até o acesso às mensagens, do cometimento do delito de tráfico. Logo, a descoberta desse crime se deu exclusivamente com base em prova considerada ilícita, porquanto não havia autorização judicial para acesso às conversas de WhatsApp. A partir daí, por derivação, todas as provas produzidas devem ser consideradas imprestáveis.

11. Observa-se, então, que todo o processo deflagrado contra o réu, pela prática do crime de tráfico de drogas, teve seu nascedouro a partir do acesso às conversas de WhatsApp, sem a existência de nenhuma fonte independente e, tampouco, sem que se pudesse afirmar que sua descoberta seria inevitável, visto que o acesso ao conteúdo do dispositivo dependeria de autorização judicial (que poderia ser negada), motivo pelo qual deve ser anulada não só a sentença, como constou do dispositivo proferido no RHC n. 89.385/SP, mas todo o processo *ab initio*.

12. Sendo certo, porém, que a apreensão do celular do reclamante foi legal, por haver sido ele flagrado na posse de droga, não há prejuízo a que, realizada perícia sobre o aparelho, eventualmente se reinicie a ação penal.

13. Reclamação improcedente. Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade do processo *ab initio*, sem prejuízo de que, realizada a perícia, desta feita por decisão judicial motivada, seja eventualmente apresentada nova denúncia e deflagrada outra ação penal

## ACÓRDÃO

# *Superior Tribunal de Justiça*

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, retomado o julgamento após o voto-vista (coletiva) do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, acompanhando o Sr. Ministro Relator, julgando improcedente a reclamação, para conceder a ordem de ofício, anulando o processo desde o início, e os votos dos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Larita Vaz, João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Júnior no mesmo sentido, e o voto do Sr. Ministro Felix Fischer, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Ribeiro Dantas, julgando improcedente a reclamação, reconhecendo a validade da reabertura da instrução processual, a requerimento do Ministério Público, de modo que se possa produzir, se for o caso, de maneira lícita, a prova necessária ao julgamento do feito, uma vez reconhecida a hipótese de descoberta inevitável, por unanimidade, julgar improcedente a reclamação, e, por maioria, conceder a ordem de ofício para reconhecer a nulidade do processo ab initio, sem prejuízo de que, realizada a perícia, desta feita por decisão judicial motivada, seja eventualmente apresentada nova denúncia e deflagrada outra ação penal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Felix Fischer.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 10 de fevereiro de 2021

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**RECLAMAÇÃO Nº 36.734 - SP (2018/0285479-8)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**RECLAMANTE : LEONARDO DE OLIVEIRA MONTEIRO**

**ADVOGADOS : MERHEJ NAJM NETO - SP175970**

**DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748**

**RECLAMADO : JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE BARRETOS - SP**

**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## **RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**LEONARDO DE OLIVEIRA MONTEIRO** ajuíza reclamação contra decisão exarada pelo **Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Barretos – SP**, que, em sua ótica, não haveria cumprido o acórdão proferido por este Superior Tribunal no **RHC 89.385/SP**.

Alega o reclamante, em síntese, que, a despeito da determinação desta Corte para que fosse renovado o julgamento na origem – fosse proferida nova sentença –, com a exclusão das provas obtidas sem a necessária autorização judicial, o Magistrado de primeiro grau, em desrespeito ao acórdão, determinou a realização de diligências, o que denotaria verdadeira reabertura da instrução criminal.

Afirma, nesse sentido: "A decisão desta Corte fora expressa: extraídos os elementos probatórios obtidos de forma ilícita, caberia ao juízo da causa apenas, e tão somente, 'a análise acerca da existência de elementos probatórios autônomos' para que, logo em seguida, renovasse o julgamento (sentença). Não houve, frisa-se, espaço para que fosse reaberta a instrução processual" (fl. 6).

Requer, diante disso, seja cassada a decisão do Magistrado de primeiro grau que determinou a oitiva do Ministério Público e a realização de novas diligências.

**Deferida a liminar** para determinar o sobrestamento da Ação Penal n. 0005061-76.2016.8.26.0066, até final julgamento desta reclamação e, apresentada a contestação pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, foram os autos ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela

# *Superior Tribunal de Justiça*

"procedência da reclamação para reconhecer a impertinência das diligências requeridas pelo Ministério Público Estadual nos autos da Ação Penal nº 0005061-76.2016.8.26.0066, cassando a decisão que determinou a reabertura da instrução, para a realização de nova perícia nos celulares do réu (fl. 93).



RECLAMAÇÃO Nº 36.734 - SP (2018/0285479-8)

EMENTA

RECLAMAÇÃO. ACESSO A MENSAGENS ARMAZENADAS EM WHATSAPP. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. RECONHECIMENTO EM HABEAS CORPUS IMPETRADO NESTA CORTE. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ABERTURA DE VISTA ÀS PARTES. NECESSIDADE. NOVAS DILIGÊNCIAS. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA E DE ACESSO ÀS MENSAGENS. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. DESCUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PROFERIDO POR ESTA CORTE. NÃO OCORRÊNCIA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. EQUÍVOCO NO DISPOSITIVO DO RHC 89.385/SP. NULIDADE DO PROCESSO *AB INITIO*. RECONHECIMENTO.

1. Eventual determinação desta Corte para o desentranhamento, da sentença, de provas consideradas ilícitas, não impede que o Magistrado de primeiro grau determine, primeiro, o exame do alcance da decisão no caso examinado por ele, até para que o *Parquet* possa avaliar, após o descarte, a possibilidade de se manter a imputação formulada.

2. É uníssona a compreensão de que a busca pela verdade no processo penal encontra limitação nas regras de admissão, de produção e de valoração do material probatório, o qual servirá de suporte ao convencimento do julgador; afinal os fins colimados pelo processo são tão importantes quanto os meios que se utilizam para alcançar seus resultados.

3. A Constituição Federal considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito e a consequência dessa inadmissão é aquela prevista no art. 157 do CPP. Embora a redação desse dispositivo, operada pela reforma de 2008, não haja distinguido a natureza da norma violada, tal não significou a superação da separação feita pela doutrina (amplamente aceita pela jurisprudência) de que provas contrárias à lei material ou a direitos do investigado ou réu, derivados da Constituição da República, pertencem ao gênero das provas ilegais.

4. A prova ilícita, em sentido estrito, deve, então, ser associada, exclusivamente, às obtidas com violação de direitos fundamentais, materiais ou protetivos de liberdades públicas, e não àquelas obtidas com a vulneração de normas puramente processuais, ainda que estas

possam ter algum subsídio constitucional.

5. Assim, as provas ilegais são ilegítimas quando infringirem normas de caráter procedimental ou de direito processual; e ilícitas quando violarem os princípios ou garantias constitucionais fundamentais ou as normas que versam sobre o direito material. E a consequência processual para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade, a impedir o seu ingresso (ou exclusão) no processo, enquanto a prova ilegítima gera sua nulidade.

6. O acesso a mensagens do WhatsApp decorrente de busca pessoal e sem autorização judicial constitui violação de uma garantia fundamental e, portanto, sua utilização possui a natureza de prova ilícita, e não de prova meramente ilegítima.

7. Sem embargo, ainda que excluída a prova ilícita, enquanto tal, é possível sua renovação, se, ainda existente e disponível no mundo real, puder ser trazida ao processo pelos meios legítimos e legais. Assim, muito embora a ilicitude imponha o desentranhamento das provas obtidas ilegalmente, nada impede seja renovada a coleta de dados (bancários, documentais, fotográficos etc), com a devida autorização judicial. Precedentes.

8. Mostra-se positivo o reconhecimento, no direito pátrio, da doutrina norte-americana das *exclusionary rules*, inclusive quanto à invalidação das provas ilícitas por derivação (ali consagrada pela *fruits of the poisonous tree doctrine*), mas igualmente se há de ponderar que, na linha também do que desenvolveu a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, há temperamentos a serem feitos ao rigor excessivo dessa doutrina. Não, evidentemente, para acolher a concepção, presente em outros povos, de que as provas ilícitas devem ser aproveitadas, punidos aqueles que causaram a violação do direito (*male captum bene retentum*). Mas, sim, para averiguar (a) se a prova lícitamente obtida seria inevitavelmente descoberta de outro modo (*inevitable discovery*), a partir de outra linha legítima de investigação, ou (b) se tal prova, embora guarde alguma conexão com a original, ilícita, não possui relação de total causalidade em relação àquela, pois outra fonte a sustenta (*independent source*).

9. Na espécie, conquanto o acesso às conversas armazenadas no aplicativo WhatsApp do reclamante tenha ocorrido sem a devida autorização judicial, de tal sorte que foram reconhecidas ilícitas as provas produzidas a partir dessas conversas, a fonte manteve-se íntegra, tal qual era a época do delito, de tal modo que não há empecilho a que o magistrado, instado pelo Ministério Público, decida de modo fundamentado acerca da possibilidade de realização



de perícia, com acesso às conversas armazenadas no WhatsApp, sem que isso represente afronta à autoridade da decisão desta Corte.

10. É possível inferir, do conteúdo do acórdão proferido no RHC n. 89.385/SP, que a prisão do acusado se deu porque haveria sido flagrado, em uma blitz, com a posse de drogas para consumo próprio. Somente com o acesso ao conteúdo das conversas no WhatsApp é que foi descoberto o crime de tráfico de drogas. Vale dizer, não havia absolutamente nenhum indicativo, até o acesso às mensagens, do cometimento do delito de tráfico. Logo, a descoberta desse crime se deu exclusivamente com base em prova considerada ilícita, porquanto não havia autorização judicial para acesso às conversas de WhatsApp. A partir daí, por derivação, todas as provas produzidas devem ser consideradas imprestáveis.

11. Observa-se, então, que todo o processo deflagrado contra o réu, pela prática do crime de tráfico de drogas, teve seu nascedouro a partir do acesso às conversas de WhatsApp, sem a existência de nenhuma fonte independente e, tampouco, sem que se pudesse afirmar que sua descoberta seria inevitável, visto que o acesso ao conteúdo do dispositivo dependeria de autorização judicial (que poderia ser negada), motivo pelo qual deve ser anulada não só a sentença, como constou do dispositivo proferido no RHC n. 89.385/SP, mas todo o processo *ab initio*.

12. Sendo certo, porém, que a apreensão do celular do reclamante foi legal, por haver sido ele flagrado na posse de droga, não há prejuízo a que, realizada perícia sobre o aparelho, eventualmente se reinicie a ação penal.

13. Reclamação improcedente. Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade do processo *ab initio*, sem prejuízo de que, realizada a perícia, desta feita por decisão judicial motivada, seja eventualmente apresentada nova denúncia e deflagrada outra ação penal

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

**I. Contextualização**

Ao apreciar o **RHC n. 89.385/SP** (DJe 28/8/2018), no qual se pretendeu fosse reconhecida a ilicitude do acesso, pela autoridade policial, aos registros constantes do aparelho celular do réu – sobretudo às conversas de WhatsApp e Messenger –, sem prévia autorização judicial, ficou consignado:

**Depreende-se dos autos que a autoridade policial, sem prévia autorização judicial, acessou os dados do telefone celular encontrado em poder do réu. Em exame pericial, obteve os registros telefônicos e o histórico de conversas via Whatsapp (fls. 31-65).**

Nesse sentido, considero que a afirmação do Juízo sentenciante de que a defesa não comprovou a ausência de consentimento do réu para a submissão de seu aparelho celular a exame pericial constitui indevida inversão do ônus da prova e, por esse motivo, deve ser desconsiderada.

**O que transparece é que não haveria prejuízo nenhum às investigações se o aparelho fosse imediatamente apreendido e, em deferência ao direito fundamental à intimidade do investigado, fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.**

Com isso, seriam observados o direito difuso à segurança pública (art. 144, CF) e o direito fundamental à intimidade (art. 5º, X, CF).

O acórdão estadual está em confronto com a jurisprudência deste Superior Tribunal, firme em assinalar que "é ilícita a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial" (REsp n. 1.675.501/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 27/10/2017, grifei).

Ademais, o princípio do prejuízo não pode orientar a solução da controvérsia, haja vista o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, de envergadura constitucional.

A prova ilícita não é permitida no nosso ordenamento jurídico nem pode ingressar no processo, pois destituída de qualquer grau de eficácia jurídica, consoante previsão do art. 5º, LVI, da CF.

[...]

**Entretanto, não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório produzido a partir da juntada do laudo pericial.**

**Apenas são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo se não ficar evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou se as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157, § 1º, do CPP).**

**Assim, a análise acerca da existência de elementos probatórios autônomos deverá ser efetuada pelo Juízo de primeiro grau, antes de prolatar nova sentença.**

[...]

À vista do exposto, dou provimento ao recurso a fim de: a) declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular encontrado em poder do réu, sem autorização judicial; b) cassar a sentença condenatória; c) **determinar ao Juízo de primeiro grau que desentranhe dos autos tal elemento probatório, bem como aqueles dele derivados, e renove o julgamento do caso, sem considerar a prova nula;** d) assegurar ao acusado o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar se efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

Ao dar cumprimento à decisão desta Corte, o Magistrado de primeiro grau decidiu (fls. 43-44, destaquei):

Encerrada a instrução, foi aberta vista às partes para a apresentação de alegações finais. Não obstante ao conteúdo do despacho de fls. 846, o Ministério Público entende que após o fim da instrução surgiu a necessidade de produção de diligência imprescindível, qual seja, a nova realização de laudo pericial nos telefones celulares apreendidos.

**Com efeito, essa prova fora desentranhada dos autos por conta de decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou a sua produção ilícita, haja vista que realizada pela autoridade policial sem ordem judicial. Tratando-se de prova repetível, no entanto, nada impede a sua reelaboração de acordo com todos os predicados legais.**

No que concerne a esse ponto, não restam dúvidas a respeito da possibilidade legal de sua realização, posto que se trata de crime de tráfico de drogas, punido com reclusão e com fortes indícios de materialidade e autoria, haja vista a prisão em flagrante.

Sendo assim, requer a ordem judicial para, antes da elaboração das

alegações finais, seja realizada nova perícia no celular apreendido. Esse laudo, com efeito, deve apresentar as seguintes informações:

- a) Lista de contatos cadastrados no telefone e respectiva numeração;
- b) Registro das últimas ligações efetuadas, recebidas e perdidas;
- c) Registro das mensagens recebidas e encaminhadas, bem como disponibilização de seu conteúdo, data e horário. Ressaltando, nesse ponto, que se deve aferir não apenas as mensagens do tipo “SMS”, mas também aquelas contidas em aplicativos como whatsapp, telegram Messenger, facebook, instagram e outras redes sociais similares;
- d) Registro de fotos relacionadas ao uso e tráfico de drogas;
- e) Qualquer outro conteúdo desde que relacionado ao comércio de drogas;

Realizada a diligência imprescindível, requer nova abertura de vista para a apresentação das alegações finais.

Como se observa, **o Magistrado de primeiro grau**, ao cumprir a determinação deste Superior Tribunal, intimou as partes e, após a manifestação do Ministério Público, **determinou a realização de laudo pericial do telefone celular, de acordo com os requisitos legais, fundado na premissa de que se trataria de prova repetível**, o que ocasionou a propositura da presente reclamação.

Resume-se a discussão, portanto, em **dois aspectos** suscitados pelo reclamante: **o primeiro** é quanto à abrangência da decisão proferida no recurso, isto é, se o comando exarado pelo referido *decisum* permitiria ao Magistrado intimar as partes e, depois, determinar a realização de novas diligências antes de proferir nova sentença; **o segundo** é saber se, uma vez considerada ilícita a prova produzida a partir de mensagens obtidas sem autorização judicial, poderia o Magistrado proceder à renovação do procedimento.

## **II. Primeiro aspecto: abrangência da decisão desta Corte no RHC n. 89.385/SP**

No que tange ao primeiro aspecto, observa-se que a determinação contida no recurso em habeas corpus para que fossem descartadas as provas produzidas com base no acesso ilegal às mensagens constantes no aplicativo WhatsApp compreende - sem que isso represente inobservância à autoridade da decisão proferida neste Tribunal - eventual manifestação das partes, seja para que possam indicar ao Juízo quais provas entendem devam ser descartadas, seja para que se avalie, após o descarte, a possibilidade de se manter a imputação formulada pelo *Parquet*.

Assim, ao ser reconhecida a ilegalidade de determinada prova, é razoável e até recomendável que se oportunize à defesa e ao *Parquet*, este último titular da *persecutio criminis in iudicio*, acesso aos autos para que possam avaliar qual diretriz será tomada, até mesmo quanto à sustentabilidade da acusação.

### III. Segundo aspecto: prova considerada ilícita e possibilidade de renovação do procedimento

O outro ponto, que pode ser compreendido como consectário do *decisum* proferido por esta Corte, merece ser examinado com mais profundidade.

Deveras, a ordem de habeas corpus para que fosse excluída a prova ilícita, com a anulação da sentença condenatória e a determinação de que se formulasse nova decisão, fez que o Magistrado de primeiro grau adotasse a seguinte diretriz, após a manifestação das partes: **proferiu decisão judicial permitindo a perícia e a extração das conversas registradas no Whatsapp**, sob o argumento de que se trataria de **provas repetíveis** e, portanto, suscetíveis à renovação do procedimento inquinado nulo.

Decerto que houve, na ordem de habeas corpus, considerada em sua extensão formal, o reconhecimento da existência de prova ilícita e a determinação de que outra sentença fosse proferida sem a utilização desse material. É o que se extrai da parte dispositiva do *writ*, nestes termos (fl. 32, destaque no original): "determinar **ao Juízo de primeiro grau que desentranhe dos autos tal elemento probatório, bem como aqueles dele derivados, e renove o julgamento do caso, sem considerar a prova nula**".

Em um exame superficial, poder-se-ia concluir que os procedimentos adotados *a posteriori*, pelo Magistrado de primeiro grau, constituiriam uma forma de burlar a decisão deste Superior Tribunal, pois não lhe foi facultado, no *writ*, a renovação do procedimento relativo à colheita da prova decorrente do indevido acesso às conversas registradas no WhatsApp.

Entretanto, **esse raciocínio não traduz a complexidade da discussão jurídica que subjaz ao caso concreto**, sobretudo porque há situações em que não há empecilho para renovação dos atos processuais.

Logo, é impositivo que se faça uma análise com maior verticalidade da situação ocorrida, **a fim de que se possa estabelecer, não só**

**para o caso concreto, mas também para situações similares**, a abrangência da decisão que reconhece a ilicitude da prova, com a anulação de eventual ato processual decisório, em confronto com a possibilidade de renovação desse ato e a reutilização da prova considerada ilícita.

Registro, nessa perspectiva, que tal análise não escapa ao âmbito de cognição da reclamação, visto que a renovação, em determinadas hipóteses, pode constituir-se como uma forma de contornar a autoridade da decisão desta Corte, a depender da compreensão externada sob os efeitos da decisão que determina o desentranhamento de provas consideradas ilícitas.

**Dito isso, rememoro que é unívoca a opinião de que a busca pela verdade no processo penal encontra limitação nas regras de admissão, de produção e de valoração do material probatório**, o qual servirá de suporte ao convencimento do julgador. Afinal, **os fins colimados pelo processo penal são tão importantes quanto os meios de que se utiliza**. Ao mesmo tempo que essa limitação legitima a decisão judicial, também acaba por impedir o uso de provas ilegais ou daquelas produzidas com violação dos princípios que regem o processo.

Por isso, não é toda e qualquer prova que traga informação relevante para a verificação dos fatos que será admitida para formar o convencimento motivado do julgador, mas somente as provas legais, isto é, aquelas produzidas com respeito aos princípios e às regras do processo penal.

No particular, a Constituição Federal considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito e a consequência dessa inadmissão é aquela prevista no art. 157 do CPP, *verbis*: "São inadmissíveis, **devendo ser desentranhadas do processo**, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Embora a redação desse dispositivo, operada pela reforma de 2008, não haja distinguido a natureza da norma violada (se de direito material ou processual), isso não significou, a meu juízo, a superação da separação feita pela doutrina (amplamente aceita pela jurisprudência) de que provas contrárias à lei ou aos princípios pertencem ao gênero das provas ilegais, as quais se subdividem em ilegítimas e ilícitas.

No particular, assinalou a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, em voto proferido, que "[a] prova ilícita é aquela que contém vício de origem, é dizer, foi produzida com violação à Constituição, porque violadora de alguma garantia, ou com infringência a algum regramento legal que diz,

diretamente, com a natureza substancial da vedação de que seja produzida"; entretanto, "a prova ilegítima, não tem o vício de origem que há de ser verificado na ilícita, ou seja, não foi produzida sem o crivo judicial, mas porque realizada com alguma nuance de irregularidade, no processo judicial" (HC n. 213.448/RS, DJe 13/9/2013, ambas as citações)

A seu turno, Grinover, Fernandes e Gomes Filho reforçam que "a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. **Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima** (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, **a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida**" (*As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 131, grifei).

A manutenção dessa distinção – que representa alguma **relevância prática**, uma vez que a resposta processual à utilização da prova vedada varia, em regra, de acordo com a espécie de violação produzida – pressupõe que se faça uma interpretação restritiva do referido dispositivo, a fim de referi-lo às normas de direito procedimental e, com isso, manter a compatibilidade com o regime jurídico da teoria das nulidades, especialmente no que diz respeito à possibilidade de renovação dos atos processuais considerados nulos, conforme dispõe o art. 573, *caput*, do CPP: "Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, **serão renovados** ou retificados".

A prova ilícita deve ser associada, exclusivamente, às obtidas com violação de direitos fundamentais, materiais ou protetivos de liberdades públicas (v.g., inviolabilidade do domicílio, proteção da intimidade, privacidade das comunicações, proteção contra maus-tratos e tortura etc.), e não para aquelas obtidas com a vulneração de normas puramente processuais (menos ainda, procedimentais), ainda que estas tenham subsídio constitucional.

Antônio Scarance Fernandes, acerca do referido dispositivo legal, nesse sentido, assinala:

O tema da prova ilícita passou a ser objeto de tratamento no artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela lei 11.690/2008. O novo dispositivo define (*caput* do art. 157) **como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais**, devendo-se entender como normas legais apenas as de natureza material, precipuamente as que definem as infrações penais. Não se pode abranger, aí, as normas processuais,

pois, em relação a essas, o regime é outro, de vez que, em caso de serem ofendidas, resolve-se pela declaração de nulidade, enquanto, em caso de ilicitude na produção da prova, deve ela ser desentranhada (*caput* do art. 157). (*Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86).

De fato, a existência de distinção entre as provas ilegítimas e as ilícitas, para além da natureza do direito violado (material ou processual), se dá, também, quanto aos efeitos ou à sanção aplicável (inadmissibilidade ou nulidade). **A inadmissibilidade da prova ilícita impede o seu ingresso (ou, se já produzida, sua exclusão) no processo, enquanto a ilegítima será sancionada com sua nulidade.** Vale dizer, as provas produzidas com violação das normas procedimentais serão nulas e não produzirão resultados no processo, o que, todavia, **não impede que sejam refeitos os atos**, em conformidade com a lei, de modo a possibilitar, assim, o aproveitamento da fonte de prova. **Uma perícia, por exemplo, realizada por quem não é perito será considerada nula, mas poderá ser refeita na forma procedimental indicada no Código de Processo Penal.**

De modo diverso, as provas obtidas ou produzidas com violação de garantias e princípios constitucionais, por exemplo, as adquiridas mediante tortura ou violação de domicílio, serão inadmissíveis e deverão ser desentranhadas do processo. Nestes casos, a prova obtida ilicitamente deve ser desprezada, assim como aquelas que dela decorreram (as ilícitas por derivação).

Em suma, no sistema de nulidade, a prova ingressa no processo e o juiz declara sua nulidade; no sistema da inadmissibilidade, ela não pode ingressar no processo e, caso ingresse, deverá ser desentranhada.

É de se concluir que o acesso a mensagens do WhatsApp, decorrente de busca pessoal e sem autorização judicial, **constitui violação de uma garantia fundamental e, portanto, a sua utilização tem a natureza de prova ilícita.** No entanto, a adoção isolada da distinção quanto às sanções aplicáveis, que não se relaciona com a característica ontológica da prova, pode criar, na prática, situações que se mostram incompreensíveis sob o ponto de vista do próprio objeto e dos resultados a que se propõe o processo penal.

Gustavo Badaró, ao mencionar Magalhães Gomes Filho, “**a prova ilícita não pode ser renovada**, enquanto a ilegítima 'impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do art. 573 do CPP” (*Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 286, grifei).



Embora, em princípio, seja natural que uma prova ilícita não permita ser novamente produzida, Gustavo Badaró bem acentua que "a **impossibilidade de renovação da prova ilícita** (sancionada com a inadmissibilidade) e a necessidade de renovação da prova ilegítima (sancionada com a nulidade) **não é regra absoluta**" (*Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 286, destaquei). De fato, nem poderia sê-lo, porque, juntamente com a natureza e os efeitos da prova, agregam-se outras características que dizem respeito ao momento de obtenção e à forma de produção da prova.

**A natural impossibilidade de renovação da prova ilícita está na circunstância de que a transitoriedade do fenômeno (associada à fonte da prova, como na hipótese de interceptação telefônica) em si não pode ser repetida**, seja pela incapacidade de retorno temporal no qual se deram as conversas interceptadas, seja pela inexistência de surpresa, visto que o procedimento passou a ser de conhecimento do acusado. Por isso, ocorrerá o desentranhamento das provas ilícitas colhidas com a interceptação e a consequente impossibilidade de renovação desse procedimento.

Sob diversa angulação, **nas hipóteses em que for possível a repetição do ato processual viciado**, em virtude da inexistência de fato efêmero ou transitório que o torne impossível de ser refeito, **haverá a alternativa de sua depuração ou descontaminação**. No ponto, precisa a afirmação de Thiago A. Pierobom de Ávila, para quem haverá "uma **descontaminação posterior sempre que houver possibilidade de renovação posterior do ato viciado, ou quando o titular do direito violado confirmar o teor da prova** [...]". Essa perspectiva era compartilhada por Carnelutti, que via na possibilidade de renovação do ato processual uma válvula de legitimação subsequente do ato, de forma que o *male captum* original é substituído pelo *bene captum* posterior. Nesse caso ocorre uma espécie de sanatória " (*Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 229).

Um bom exemplo é o da **quebra de sigilo bancário sem autorização judicial**. Embora a ilicitude imponha o desentranhamento das provas obtidas com vício de ilicitude, **nada impediria que houvesse a renovação da coleta desses dados com a devida e motivada autorização judicial**. É o que decidiu esta Corte na Rcl n. 34.189/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18/9/2017, nestes termos, conclusivamente: "a decisão proferida no recurso ordinário em *habeas corpus* anulou a denúncia porque fundada em prova ilícita, decorrente da quebra de sigilo bancário para

investigação criminal sem autorização judicial, **formalidade devidamente observada na propositura da nova demanda**" (destaquei).

É justamente no exame de cada caso concreto, em razão da miríade de situações que podem ocorrer, que é possível verificar a possibilidade ou não de renovação do ato processual. Como assinala Manoel da Costa Andrade, "**a necessária e permanente referência ao caso concreto impõe naturalmente balizas à reflexão sobre as proibições da prova e os princípios fundamentais do seu regime**. Não pode, nomeadamente, aspirar-se à definição de uma qualquer malha de enunciados normativos, capazes de enquadrar, como premissas de um rígido programa condicional, as pertinentes expressões da vida" (*Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992, p. 116).

#### **IV. Análise do caso concreto: inexistência de descumprimento de decisão desta Corte. Necessidade da concessão de habeas corpus de ofício.**

Na hipótese dos autos, o acórdão que o reclamante alega haver sido descumprido determinou, em sua parte dispositiva, o seguinte (**RHC n. 89.385/SP**, DJe 28/8/2020, grifei):

À vista do exposto, dou provimento ao recurso a fim de: a) declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular encontrado em poder do réu, sem autorização judicial; b) cassar a sentença condenatória; **c) determinar ao Juízo de primeiro grau que desentranhe dos autos tal elemento probatório, bem como aqueles dele derivados, e renove o julgamento do caso, sem considerar a prova nula**; d) assegurar ao acusado o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar se efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

Como se observa pelo item "c" do referido dispositivo, a ordem impôs o desentranhamento da prova colhida por meio do WhatsApp e as delas decorrentes, bem como que fosse renovado o julgamento. **Tal diretiva foi observada pelo Magistrado de primeiro grau.**

De fato, muito embora o acesso às conversas armazenadas no aplicativo WhatsApp haja ocorrido sem a devida autorização, de tal sorte que foram reconhecidas ilícitas as provas produzidas a partir dessas conversas, verifica-se que **a fonte se manteve íntegra, tal qual era à época do delito imputado ao reclamante.**

Nessa perspectiva, **não há empecilho** a que o Magistrado, instado pelo Ministério Público, decida de modo fundamentado acerca da possibilidade de realização de **perícia**, com acesso às conversas armazenadas no WhatsApp, sem que isso represente afronta à autoridade da decisão desta Corte. **Não há, portanto, procedência na argumentação feita nesta reclamação.**

**Entretanto, também não há como deixar de reconhecer que o dispositivo produzido para o RHC n. 89.385/SP – repita-se, devidamente cumprido pelo Magistrado de primeiro grau - incorreu em manifesto equívoco, que deve ser prontamente corrigido nesta oportunidade.**

Infere-se claramente do conteúdo do acórdão proferido no **RHC n. 89.385/SP**, que a prisão do acusado se deu porque haveria sido flagrado, em uma blitz, com a **posse de drogas para consumo próprio. Somente com o acesso ao conteúdo das conversas no WhatsApp é que foi descoberto o crime de tráfico de drogas.** Vale dizer, não havia absolutamente nenhum indicativo, até o acesso às mensagens, do cometimento do delito de tráfico. No particular, extrai-se do referido *decisum*:

Ainda conforme a inicial, o acusado, em posse do entorpecente citado, “foi flagrado por policiais militares que realizavam blitz de trânsito 'Operação Saturação' [e] **devidamente conduzido à delegacia, sendo que, realizada análise (fl. 84) das informações contidas no celular marca Samsung (sic), modelo 4G Duos, cor preto que levava consigo, foram encontradas provas do comércio ilícito de drogas**” (fl. 66, grifei). (RHC n. 89.385/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, DJe 28/8/2020, destaquei)

Logo, a descoberta do crime de tráfico se deu exclusivamente com base em prova considerada ilícita, visto que não havia autorização judicial para acesso às conversas de WhatsApp. A partir daí, por derivação, todas as provas produzidas devem ser consideradas imprestáveis. Deveras, o pressuposto dessa constatação é “a relação direta de causa e efeito entre a

prova ilícita e as que dela derivaram imediatamente” (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 153).

Em outras palavras, a prova ilícita por derivação constitui um tipo de prova que, apesar de poder haver sido obtida licitamente, deriva direta (ou indiretamente) de uma obtida de forma ilícita e, por isso, deve também ser extirpada do processo. A esse respeito leciona Magalhães Filho:

É impossível negar *a priori* a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de causalidade, mas principalmente em razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições em análise. De nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz - nessa matéria importa ressaltar o elemento profilático, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal. (Provas Lei 11.690, de 09.06.2008. In: Moura, Maria T.R.S.(Coord). *As reformas no Processo Penal: As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267).

A essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), de origem norte-americana, consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, proclama a mácula de provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de prova ou provas declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

É certo que a jurisprudência também repudia com veemência **"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."** (RHC n. 90.376/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, 2ª T., DJe 18/5/2007, destaquei).

Reputo positivo o reconhecimento, no direito pátrio, da doutrina norte-americana das *exclusionary rules*, inclusive quanto à invalidação das provas ilícitas por derivação (ali consagrada pela *fruits of the poisonous tree doctrine*), mas igualmente destaco que, na linha também do que desenvolveu a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, **há temperamentos a serem feitos ao rigor excessivo dessa doutrina.**

Não, evidentemente, para acolher a concepção, presente em outros povos, de que as provas ilícitas devem ser aproveitadas, punidos aqueles que causaram a violação do direito (*male captum bene retentum*). Mas, sim, para averiguar (a) se a prova ilicitamente obtida seria inevitavelmente descoberta de outro modo (*inevitable discovery*), a partir de outra linha legítima de investigação, ou (b) se tal prova, embora guarde alguma conexão com a original, ilícita, não possui relação de total causalidade em relação àquela, pois outra fonte a sustenta (*independent source*).

Nesse sentido se alinha o pensamento de Ada Pellegrini Grinover (*As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137), ao lecionar que:

No entanto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: **excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.**

O Superior Tribunal de Justiça possui julgados em igual sentido. Confira-se, ilustrativamente, o seguinte julgado da **Sexta Turma**:

[...]

2. Ainda que se tenha reputado como ilícitas as provas obtidas por meio do endereço eletrônico do recorrente, não há como concluir, por ora, pela inexistência de fonte independente apta a subsidiar a produção de demais provas que justifiquem a continuidade da ação penal instaurada em desfavor do recorrente. Na verdade, o curso normal da instrução probatória, ainda em trâmite, poderá conduzir à existência de elementos informativos que vinculem o recorrente aos fatos investigados.

**3. Nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras constantes do**

**processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude.**

[...]

5. Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. (RHC n. 36.486/RJ, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 11/11/2013, destaquei).

Entretanto, longe das exceções admitidas, na hipótese dos autos, observa-se que **todo o processo deflagrado contra o réu, pela prática do crime de tráfico de drogas, teve seu nascedouro a partir do acesso às conversas de WhatsApp, sem a existência de nenhuma fonte independente e, tampouco, sem que se pudesse afirmar que sua descoberta seria inevitável, visto que o acesso ao conteúdo do dispositivo dependeria de autorização judicial (que poderia ser negada).**

**É dizer, conquanto legítima e autorizada a apreensão do celular, pelo fato de haver sido o ora reclamante flagrado na posse de drogas,** não era lícito devassar, sem ordem judicial, seu conteúdo. Logo, **deve ser anulada não só a sentença, como constou do dispositivo proferido no RHC n. 89.385/SP,** mas todo o processo, *ab initio*, sem prejuízo de que, se realizada perícia sobre o aparelho, desta feita **devidamente autorizada**, eventualmente se renove a persecução penal.

## **V. Dispositivo**

À vista do exposto, **julgo improcedente** a reclamação. Entretanto, voto para conceder a ordem de ofício, de modo a reconhecer a ***nulidade do processo ab initio***, sem prejuízo de que, realizada perícia sobre o aparelho, desta feita **devidamente autorizada**, se permita nova denúncia e o deflagrar de nova ação penal.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2018/0285479-8

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**Rcl 36.734 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050617620168260066 50617620168260066

PAUTA: 14/10/2020

JULGADO: 14/10/2020

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

**AUTUAÇÃO**

RECLAMANTE : **LEONARDO DE OLIVEIRA MONTEIRO**

ADVOGADOS : **MERHEJ NAJM NETO - SP175970**

**DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748**

RECLAMADO : **JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE BARRETOS - SP**

INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e  
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

O Dr. Diogo de Paula Papel sustentou oralmente pela parte reclamante: Leonardo de Oliveira Monteiro.

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, julgando improcedente a reclamação, concedendo a ordem de ofício para reconhecer a nulidade do processo ab initio, sem prejuízo de que, realizada a perícia, desta feita por decisão judicial motivada, seja eventualmente apresentada nova denúncia e deflagrada outra ação penal, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

**RECLAMAÇÃO Nº 36.734 - SP (2018/0285479-8)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**RECLAMANTE : LEONARDO DE OLIVEIRA MONTEIRO**

**ADVOGADOS : MERHEJ NAJM NETO - SP175970**

**DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748**

**RECLAMADO : JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE BARRETOS - SP**

**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:**

Trata-se de reclamação ajuizada contra decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal de Barretos que, após reconhecimento da ilicitude por este STJ da prova acessada sem autorização judicial, acolheu requerimento do Ministério Público Estadual e determinou a realização de nova perícia nos celulares do ora reclamante, entendendo tratar-se de prova repetível e imprescindível para o julgamento do processo-crime.

Irresignada, a defesa alega que o Juízo de origem afrontou o *decisum* desta Corte, assim ementado:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. CONFIGURAÇÃO. ACESSO A DADOS DE TELEFONE CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA CASSADA. DIREITO DE RESPONDER À AÇÃO PENAL EM LIBERDADE. CONCESSÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme ao considerar ilícito o acesso direto da polícia a informações constantes de aparelho celular, sem prévia autorização judicial. Precedentes.

2. Hipótese em que a autoridade policial realizou perícia no telefone móvel do acusado e obteve os registros telefônicos e o histórico de conversas via Whatsapp.

3. A afirmação do Juízo sentenciante de que a defesa não comprovou a ausência de consentimento do réu para a submissão de seu aparelho celular a exame pericial constitui indevida inversão do ônus da prova e, por esse motivo, deve ser desconsiderada.

4. Não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório produzido a partir da juntada do laudo pericial. Apenas são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo se não ficar evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou se as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157, § 1º, do CPP).

5. O réu foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em decisão já transitada em julgado, a evidenciar a impossibilidade do aumento de tal reprimenda em caso de novo decreto condenatório, porquanto vedada a *reformatio in pejus* indireta.

6. É desproporcional a manutenção da custódia preventiva do réu, sobretudo porque o período de prisão cautelar - desde 13/11/2016 (decretação) até 23/5/2018 (trânsito em julgado) - corresponde à quase totalidade da pena estabelecida.

7. Recurso provido, nos termos do voto do relator.”

(RHC 89.385/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 28/08/2018; grifou-se).



# Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido, alega que este Superior Tribunal de Justiça determinara tão somente a exclusão da prova ilícita (exame de aparelho de celular durante prisão em flagrante sem ordem judicial) e a renovação do julgamento, sem a prova expurgada. Porém, acusa o magistrado de 1º grau de, contrariando a determinação, reabrir a instrução processual para que se realize uma nova perícia complementar no telefone móvel.

O em. Ministro Relator, Rogerio Schiatti, votou por julgar improcedente a reclamação, entendendo que o magistrado não descumpriu a decisão da 6ª Turma, cuja determinação não inviabilizara, de maneira absoluta, a realização de nova perícia no aparelho recolhido regularmente – denunciado apreendido portando 6 gramas de maconha. De todo modo, reconheceu, em seu voto, que a deflagração da persecução penal com imputação de tráfico de drogas teria decorrido tão somente do acesso indevido ao aparelho celular do acusado. Por isso, concedeu, de ofício, ordem de *habeas corpus*, para reconhecer a nulidade do processo, desde seu nascedouro, sem prejuízo de nova perícia, desde que, por decisão judicial motivada e com nova denúncia e ação penal. A propósito:

“9. Na espécie, conquanto o acesso às conversas armazenadas no aplicativo WhatsApp do reclamante tenha ocorrido sem a devida autorização judicial, de tal sorte que foram reconhecidas ilícitas as provas produzidas a partir dessas conversas, a fonte manteve-se íntegra, tal qual era a época do delito, de tal modo que não há empecilho a que o magistrado, instado pelo Ministério Público, decida de modo fundamentado acerca da possibilidade de realização de perícia, com acesso às conversas armazenadas no WhatsApp, sem que isso represente afronta à autoridade da decisão desta Corte.

10. É possível inferir, do conteúdo do acórdão proferido no RHC n. 89.385/SP, que a prisão do acusado se deu porque haveria sido flagrado, em uma blitz, com a posse de drogas para consumo próprio. Somente com o acesso ao conteúdo das conversas no WhatsApp é que foi descoberto o crime de tráfico de drogas. Vale dizer, não havia absolutamente nenhum indicativo, até o acesso às mensagens, do cometimento do delito de tráfico. Logo, a descoberta desse crime se deu exclusivamente com base em prova considerada ilícita, porquanto não havia autorização judicial para acesso às conversas de WhatsApp. A partir daí, por derivação, todas as provas produzidas devem ser consideradas imprestáveis.

11. Observa-se, então, que todo o processo deflagrado contra o réu, pela prática do crime de tráfico de drogas, teve seu nascedouro a partir do acesso às conversas de WhatsApp, sem a existência de nenhuma fonte independente e, tampouco, sem que se pudesse afirmar que sua descoberta seria inevitável, visto que o acesso ao conteúdo do dispositivo dependeria de autorização judicial (que poderia ser negada), motivo pelo qual deve ser anulada não só a sentença, como constou do dispositivo proferido no RHC n. 89.385/SP, mas todo o processo *ab initio*.

12. Sendo certo, porém, que a apreensão do celular do reclamante foi legal, por haver sido ele flagrado na posse de droga, não há prejuízo a que, realizada perícia sobre o aparelho, eventualmente se reinicie a ação penal.

13. Reclamação improcedente. Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade do processo *ab initio*, sem prejuízo de que, realizada a perícia, desta feita por decisão judicial motivada, seja eventualmente apresentada nova denúncia e deflagrada outra ação penal.”

Primeiramente, imperioso ressaltar que a higidez epistêmica do em. Min. Rogério Schietti salta aos olhos e, de maneira bastante feliz, engrandece o debate técnico-jurídico nesta 3ª Seção. Feito esse registro necessário, abre-se um pequeno adendo para anotar, conforme já antecipado na sessão de julgamento em que pedi vista destes autos, que não me parece ilícita a prova obtida pelos policiais quando se tem a afirmação destes agentes, dotados de fé-pública e submetidos a rigoroso regime disciplinar, que **o investigado franqueou o acesso aos dados contidos no celular**. Ora, em geral, os celulares possuem mecanismos de proteção das informações armazenadas, sendo necessário, para que terceiros as acessem, um ato de vontade do possuidor do aparelho (consentimento), não se exigindo espontaneidade, mas apenas voluntariedade.

Havendo eventual abuso de autoridade ou qualquer vício que possa macular a vontade, entendo que o ônus argumentativo recairá sobre a defesa que deverá detalhar, além da natureza do vício, as circunstâncias como se deu esse acesso aos dados sem consentimento do portador do aparelho. A partir daí, tais elementos serão valorados pelo magistrado. Poderão acarretar a invalidade da prova, mas também poderão resultar em processo penal contra os agentes estatais responsáveis.

De todo modo, estando-se aqui em sede de reclamação e, uma vez superado esse debate, passa-se à análise do feito propriamente dito. Ouso, neste passo, discordar das conclusões do em. Ministro Relator em relação à possibilidade ou não de renovação da prova.

## **1 CONCEITOS IMPORTANTES (OBJETO DE PROVA, FONTE DE PROVA, MEIOS DE PROVA E MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA)**

Antes de mais nada, faz-se necessário destacar que o termo “prova” é polissêmico. Como lembram Juarez Tavares e Rubens Casara, “No campo jurídico, dentre os principais sentidos conferidos ao significante 'prova' há o de 'atividade' destinada a demonstrar a ocorrência de um fato, o de 'meio' à demonstração do acerto de uma hipótese e o de “resultado” produzido na convicção do julgador.” (*Prova e verdade*. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 17).

A partir daí, verifica-se uma miríade de expressões que visam a conferir maior precisão à ciência por traz da prova no Processo Penal, como, por exemplo, objeto da prova, elemento de prova, fontes de prova, meios de prova, meios de obtenção de prova, cada qual com seu significado singular. Todas essas acepções da palavra prova, porém, têm em comum, em maior ou menor escala, um liame com o valor “verdade” (*ibidem*).

Na hipótese, os conceitos mais importantes para o deslinde do presente caso parecem-nos ser os de “objeto da prova”, “fontes de prova”, “meios de prova” e “meios de obtenção de prova”.

Paulo Rangel ensina que “O objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. Ou seja, é o *thema probandum* que serve de base à imputação penal” (*Direito Processual Penal*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 744). Apesar de mais didático, é importante observar que essa concepção não é uniforme na doutrina, havendo quem afirme, como por exemplo Geraldo Prado, que “o juízo de verdadeiro ou falso não recai sobre o fato em si, mas sobre a proposição/afirmação/enunciado relativo à existência do fato” (2019, p. 31. *Apud* TAVARES, Juarez e CASARA, Rubens, *Prova e verdade*. 1ª ed. São Paulo: Tirante lo Blanch, 2020, p. 23).

Segundo Renato Brasileiro de Lima, em seu Manual de Direito Processual Penal, a expressão **fonte de prova** é tudo aquilo, pessoas ou coisas, que pode servir para esclarecer o

fato delituoso. São fontes pessoais, por exemplo: o ofendido, os peritos, o acusado e as testemunhas. Por outro lado, as fontes reais são os documentos, compreendidos em seu sentido amplo, abrangendo papéis, objetos, automóveis. Veja-se que a fonte de prova é anterior e independente em relação ao processo, ela existe por si só. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8ª ed. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 661).

A seu turno, “**meios de prova** são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo.” Como exemplos de meios de prova, pode-se citar o depoimento do ofendido, o laudo pericial, a oitiva testemunhal. Note-se que a ilicitude poderá recair sobre os meios empregados, quando contrariarem à lei ou à Constituição, tornando, assim, inadmissível a prova deles decorrente (*Ibidem*).

Por fim, têm-se os **meios de obtenção de prova** ou **meios de investigação da prova**, que se referem a procedimentos regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais. Nas palavras de Aury Lopes Júnior, “são instrumentos que permitem obter-se, chegar-se à prova. Não é propriamente 'a prova', senão meios de obtenção. Explica MAGALHÃES GOMES FILHO que os meios de obtenção de provas não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária. Exemplos: delação premiada, buscas e apreensões, interceptações telefônicas etc. Não são propriamente provas, mas caminhos para chegar-se à prova.” (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 227).

## 2 PROVA ILÍCITA

De fato, a ilicitude, conforme apreendido pelos conceitos abordados acima, recai sobre o meio de prova ou sobre o meio de obtenção da prova, não sobre a fonte de prova. Nesse sentido, com clareza meridiana, o dispositivo constitucional que trata do tema merece aplausos:

Art. 5º (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas **por meios ilícitos**;  
(Grifou-se).

Portanto, reitere-se, a ilicitude não recai sobre a prova em si, mas sobre o **meio de prova**. A lição dos professores Juarez Tavares e Rubens Casara é esclarecedora:

“A problemática da prova ilícita liga-se aos **limites normativos da atividade de produção probatória** e ao exercício do poder estatal. Como a prova deve estar submetida a um procedimento axiológico e não se fundar, simplesmente, em mero cálculo matemático, é relevante na avaliação da prova não apenas a suficiência de seus elementos substanciais, mas, sim, também à lisura do procedimento de sua obtenção. No Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios, o que significa dizer que para punir alguém que violou a lei, o Estado não pode igualmente violar a lei e aceitar uma prova produzida ou obtida em violação à legalidade estrita.” (*Prova e verdade*. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 62; grifou-se).

No caso concreto, o meio de obtenção de prova foi a blitz policial e, dela derivando, o acesso policial, sem autorização judicial, aos dados contidos no aparelho celular. A informação dali decorrente seria extraída por **depoimento** do policial que acessou o celular ou por **laudo pericial**, aportando, no processo por um ou por ambos os referidos meios de prova. Portanto, verifica-se que a ilicitude foi verificada no meio de obtenção de prova.

Renato Brasileiro de Lima explica a importância da distinção entre meio de prova e meio de obtenção de prova:

“Essa distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção. Deveras, eventual vício quanto aos **meios de prova** terá como consequência a nullidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado **meio de obtenção de prova**, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, *caput*).” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8ª ed. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 662; grifou-se).

Portanto, correto o desentranhamento da prova obtida por meio ilícito.

### 3 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (*FRUIT OF THE POISONOUS TREE*)

Com uma definição bastante precisa, Renato Brasileiro nos diz que “Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.” (*Idem*, p. 690).

Nas palavras dos sempre didáticos Tavares e Casara:

“O fenômeno da contaminação das provas, também conhecido como **prova ilícita por derivação**, refere-se a provas que seriam lícitas se não tivessem sido descobertas em razão de uma prova ilícita. A contaminação da prova é a resultante de sua gênese ilícita. A teoria dos “frutos da árvore envenenada” tem origem na Suprema Corte estadunidense e baseia-se na tese de que o vício da árvore, ou de qualquer de seus frutos, transmite-se a todos os demais frutos, mesmos àqueles aparentemente bons. A prova primária, ilícita, torna ilícita também a prova derivada. Para que ocorra a contaminação da prova é indispensável que a prova ilícita seja determinante à obtenção da prova derivada. A prova primária deve ser causa eficiente da prova derivada.” (*Prova e verdade*. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 62-63; grifou-se).

Portanto, uma vez reconhecida a nulidade da prova, imperioso admitir que eventual renovação dela, como no caso em questão, em que se pretende, agora com a devida determinação do juiz e a requerimento do Ministério Público, coletar aqueles dados acessados por inicialmente meio ilícito, implicará verdadeira prova ilícita por derivação. Ora, não se pode negar peremptoriamente que a medida processual não fora tomada apenas por decorrência do que se verificou de forma ilícita.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnios é categórico:

“Voltando ao princípio da contaminação, entendemos que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve.

O maior inconveniente é a timidez com que os tribunais tratam da questão, focando no “nexo causal” de forma bastante restritiva para verificar o alcance da contaminação. **Existe uma tendência muito clara na jurisprudência brasileira de evitar o “efeito dominó”, sem considerar que diante de uma ilicitude, há que se reconhecer a contaminação, até para sinalizar os demais órgãos da administração da justiça (incluindo a polícia judiciária) de que é preciso agir, mas dentro da legalidade.”** (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 256; grifou-se).

Apesar do brilhantismo do referido autor, entende-se que esse ponto merece maior reflexão, o que se faz a seguir.

#### 4 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL

Ainda nos valendo da obra de Renato Brasileiro de Lima, tem-se que, “Após o reconhecimento das regras de exclusão do direito norte-americano, aliada ao desenvolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada, houve uma forte reação da própria Suprema Corte norte-americana contra a rigidez de tais regras, sendo desenvolvidas, então, exceções às exclusionary rules.” (*Manual de processo penal*. 8ª ed. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 692). Dentre as mencionadas exceções estão as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável, de especial importância no ordenamento jurídico brasileiro. Encontram-se elas inclusive em dispositivo expresso do Código de Processo Penal.

Conforme ensinamento doutrinário, “De acordo com a teoria da descoberta inevitável, também conhecida como **exceção da fonte hipotética independente**, caso se demonstre que a prova derivada da ilícita **seria produzida de qualquer modo**, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida.” (*Idem*, p. 693; grifou-se).

Acerca de sua contextualização histórica:

“[...] a teoria da descoberta inevitável também tem origem no direito norte-americano – inevitable discovery limitation. Sua aplicação ocorreu no caso *Nix v. Williams-Williams II*, em 1984: com base em declaração obtida ilegalmente do acusado, a polícia conseguiu localizar o paradeiro do corpo da

# Superior Tribunal de Justiça

vítima de homicídio escondido em uma vala à beira de uma estrada. No entanto, apesar de a localização do cadáver só ter sido possível a partir de uma declaração obtida de maneira ilegal, demonstrou-se que, no caso concreto, um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano que, inevitavelmente, teria levado à descoberta do local em que o corpo foi encontrado.

A Suprema Corte americana entendeu que a teoria dos frutos da árvore envenenada não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta “inevitavelmente” por meio de atividades investigatórias lícitas”. (*Idem*, p. 694).

Como já dito, Aury Lopes Júnior figura como um ferrenho crítico ao aproveitamento da prova ilícita por derivação, refutando inclusive a legitimidade do emprego das teorias da fonte independente e da descoberta inevitável:

“Intimamente relacionada com a limitação do nexa causal, está a teoria da fonte independente. Significa que as “provas derivadas da ilícita poderiam, de qualquer modo, ser descobertas de outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em independent source e, no segundo, na inevitable discovery”.

Mas desde logo uma questão deve ficar clara: em ambas, a prova posterior é derivada da anterior, mas o legislador tergiversa o efeito “dominó” ao estabelecer “ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Ora, **quando a prova não é derivada, não há nexa causal e não há que se falar em contaminação**. As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente atuam quando existe nexa causal (logo, contaminação), mas a prova “poderia” ser obtida de outra forma ou quando a descoberta “seria inevitável”. **Ambas se situam no campo da futurologia, da perspectiva, da prognose**, mas sem qualquer dado de concretude probatória. **São efetivamente derivadas**, mas como “poderiam” ser obtidas de qualquer forma ou por outra fonte, acabam sendo legitimadas. **É, sem dúvida, uma validação de uma prova derivada e ilícita.**” (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 257; grifou-se).

De todo modo, entende-se que a crítica do doutrinador não prevalece, especialmente porque, conforme muito bem ressalta Renato Brasileiro de Lima sobre a descoberta inevitável, “A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável.” Ou seja, “Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova.” (*Manual de processo penal*. 8ª ed. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 693).

Ademais, acrescente-se que a assertiva de Aury Lopes Júnior no sentido de que a teoria da fonte independente só atua quando existe nexa de causalidade ? pois, “quando a prova não é derivada, não há nexa causal e não há que se falar em contaminação” ? merece ser vista com cautela. Isso porque somente uma análise acurada dos fatos históricos (vistos do momento atual, presente, para o passado) permitirá averiguar a relação de causalidade e distingui-la do encadeamento cronológico dos fatos. Note-se que a questão relacionada à causalidade não é tão simples, revelando-se, por vezes, bastante tormentosa, a exemplo das várias teorias no Direito

# Superior Tribunal de Justiça

Penal e na Responsabilidade Civil para explicarem o que é ou não é causa do crime ou do evento.

Por isso, a aplicação das teorias mitigadoras ou limitadoras da prova ilícita por derivação nos parece legítima e conveniente no âmbito da persecução penal. Note-se que essa postura é reiteradamente utilizada por este Superior Tribunal de Justiça, sem que se exija nova denúncia. A propósito:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE MUNIÇÃO E ARMA DE FOGO. BUSCA E APREENSÃO. LASTRO EXCLUSIVO EM DELAÇÃO ANÔNIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Investigações iniciadas por delação anônima são admissíveis desde que a narrativa apócrifa se revista de credibilidade e, em diligências prévias, sejam coletados elementos de informação que atestem sua verossimilhança.

2. Entretanto, o relato sem comprovação de sua origem e plausibilidade, por si só, não tem o condão de lastrear medidas invasivas a direitos fundamentais, como a busca e apreensão na residência e no local de trabalho do suspeito.

3. Deve ser declarada nula a decisão judicial que deferiu a medida cautelar probatória sem indicar elemento concreto, descoberto pela polícia, que pudesse sinalizar a prática de crimes e justificar a mitigação da inviolabilidade do domicílio.

4. Habeas corpus concedido para anular a decisão de busca e apreensão, declarar inadmissíveis as provas dela derivadas e desconstituir a condenação do réu, com determinação para que o Juiz prolate nova sentença com base nos elementos de convicção remanescentes, **sem prejuízo da aplicação das teorias da fonte independente de prova e da descoberta inevitável.**”

(HC 480.386/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020; grifou-se).

“AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO A MENSAGENS CONTIDAS NO CELULAR APREENDIDO COM O CORRÉU POR OCASIÃO DO FLAGRANTE. CONSENTIMENTO DO PROPRIETÁRIO DO APARELHO. ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. **APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA DESCOBERTA INEVITÁVEL E DA FONTE INDEPENDENTE.** COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. [...]

5. Na espécie, não obstante os policiais tenham acessado o conteúdo do telefone celular sem prévia autorização judicial, agiram com a expressa autorização do corréu, proprietário do aparelho, o que afasta a eiva articulada na impetração. Precedentes.

6. Ainda que assim não fosse, os corréus confessaram informalmente a prática criminosa, afirmando que um deles adquiriu os entorpecentes do paciente, o que demonstra que as mensagens supostamente devassadas não foram determinantes para a apuração dos ilícitos, circunstância que

demonstra que o curso normal das investigações conduziria ao mesmo desfecho obtido com a devassa no aparelho celular que, portanto, não foi determinante para a apuração do ilícito. **Aplicação da teoria da descoberta inevitável.** Precedentes do STJ.

7. A apreensão dos celulares dos corréus levou a autoridade policial a requerer judicialmente o afastamento do sigilo dos dados neles contidos, o que foi deferido, pedido típico e comum em casos análogos, e que demonstra que se está diante de provas autônomas, nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Doutrina. Precedentes.

8. Havendo diversas provas hábeis a comprovar a prática do crime assestado ao paciente, e afigurando-se irrelevante para a prolação do édito repressivo o conteúdo dos aparelhos de telefonia apreendidos por ocasião do flagrante, inexistente coação ilegal passível de ser sanada por este Sodalício.

9. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no HC 521.228/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 16/12/2019; grifou-se).

“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.**”

(RHC 90.200/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 12/05/2020; grifou-se).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. **ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM APARELHO CELULAR APREENDIDO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PERMISSÃO DO ACUSADO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO FUNDADA EM**



PROVAS AUTÔNOMAS. FONTE INDEPENDENTE. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. DIVERSIDADE, FRACIONAMENTO E FORMA DE ACONDICIONAMENTO. VALORES EM DINHEIRO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. DOSIMETRIA PENAL. CONDENAÇÕES ANTERIORES. EXASPERAÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

II - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (WhatsApp), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial. III - In casu, denota-se que os policiais acessaram as conversas telefônicas do aparelho celular do paciente sem autorização judicial, mas com a permissão do acusado, o que, de fato, não configuraria a ilegalidade. Ademais, ainda que a referida prova fosse desconsiderada, subsistem elementos autônomos suficientes para manter a condenação pelo crime de tráfico de drogas.

IV - Conclui-se que a condenação do ora paciente deu-se não só em razão das degravações verificadas em seu aparelho celular, mas na apreensão de drogas, cuja diversidade, fracionamento e forma de acondicionamento, além de valores em dinheiro, constituem fonte independente, não restando evidenciado nexa causal com as informações obtidas no aparelho apreendido.

V - Importante ressaltar, ainda, que, "conforme a jurisprudência desta Corte, demonstrada a existência de fonte independente, a nulidade do ato não tem o condão de invalidar as provas subsequentes." (AgRg no REsp n. 1.573.910/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 03/04/2018; grifou-se).

VI - "A ilicitude da prova, por reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), **salvo se** não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (Teoria da Fonte Independente) ou, mesmo que haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (**Teoria da Descoberta Inevitável**)" (EDcl no RHC n. 72.074/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 04/12/2017).

Habeas corpus não conhecido. Concedo a ordem, de ofício, somente para determinar que as instâncias ordinárias refaçam os cálculos da dosimetria penal do paciente de forma a desconsiderar os óbices anteriormente apontados."

(HC 537.274/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019; grifou-se).

CRIMINOSA E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. ILEGALIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. **TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL** APLICADA COM BASE EM MERAS CONJECTURAS E PRESUNÇÕES. NULIDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO ANULADA. ABSOLVIÇÃO APENAS QUANTO AO DELITO DO ART. 12 DA LEI N.º 10.826/2003. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PROVAS INDEPENDENTES. NOVO JULGAMENTO NA ORIGEM. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. **É legítima a aplicação da teoria da descoberta inevitável**, mas desde que demonstrado, com base em elementos concretos constantes dos autos, que a prova derivada da ilícita seria obtida de forma inevitável. Precedentes.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias reconheceram que a busca e apreensão realizada no endereço do Réu operou-se de forma ilegal, razão pela qual declararam nula a diligência. No entanto, com base na aplicação da teoria da **descoberta inevitável**, consideraram válidas as provas derivadas da ilícita, sob o fundamento de que, "caso os policiais tivessem requisitado, logo em seguida à prisão em flagrante [do Paciente], a expedição de Mandado de Busca e Apreensão na residência do acusado, esta teria sido deferida, o que teria produzido o mesmo resultado proveniente da diligência considerada ilícita, ou seja, os objetos e documentos na residência do apelante seriam descobertos de igual forma".

3. Como se vê, a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias não pode ser considerada idônea, pois baseada apenas em meras conjecturas e presunções, sem a apresentação de qualquer dado concreto que demonstrasse que as provas decorrentes da busca e apreensão ilegal seriam inevitavelmente descobertas. Nem mesmo foi ressaltada a existência de investigação paralela que, fatalmente, levaria ao domicílio do Acusado e, por conseguinte, aos objetos lá encontrados.

4. Uma vez reconhecida a nulidade das provas derivadas da busca e apreensão ilícita, fica prejudicada a análise das demais matérias aventadas nesta impetração.

5. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para: a) declarar a nulidade das provas derivadas da busca e apreensão realizada na residência do Paciente; b) cassar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, absolver o Paciente da prática do crime do art. 12 da Lei n.º 10.826/2003 e determinar ao Juízo de origem que desentranhe as provas ora declaradas ilícitas dos autos e promova novo julgamento da ação penal, conforme entender de direito, apenas quanto à suposta prática do delito do art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 12.850/2013.”

(HC 436.603/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 16/12/2019; grifou-se).

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO PERSONA. IMPORTAÇÃO FRAUDULENTE DE MERCADORIA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. NULIDADE. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS PELO PARQUET. **TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. APLICABILIDADE NO CASO CONCRETO.** INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE

SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE OBSERVOU AS EXIGÊNCIAS DO ARTIGO 41 DO CPP. CONDENAÇÃO COM BASE EXCLUSIVA EM PROVAS INDICIÁRIAS. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA EM VIRTUDE DA CONTINUIDADE DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

I - É pacífico o entendimento de que não se presta à configuração de dissídio jurisprudencial acórdão prolatado em sede de habeas corpus, porquanto possui cognição mais ampla que a deferida ao recurso especial. Precedentes.

II - Essa Corte Superior possui entendimento quanto à legitimidade de aplicação da **teoria da descoberta inevitável** quando demonstrado, com base em elementos concretos constantes dos autos, que a prova supostamente contaminada poderia ser obtida de forma independente (teoria da fonte independente) ou de forma inevitável, não havendo que se falar, portanto, em violação ao art. 157, caput, e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, uma vez que foi asseverado no acórdão objurgado que "diante dos indícios detectados de maneira independente pela área aduaneira da Receita Federal em face da empresa PRIME, os quais, inclusive, vieram a integrar o conjunto probatório da acusação, há de se reputar como inevitável a descoberta das demais provas, quer dizer, aquelas derivadas das ilícitas. Justifica-se, portanto, no presente caso, a aplicação da teoria da descoberta inevitável na forma de verdadeira restrição à doutrina dos frutos da árvore envenenada (§ 1º, do artigo 157 do CPP), pelo que fica afastada, por completo, a alegada ilicitude das provas derivadas, certo também que a discriminação das provas ilícitas ou não, bem como a valoração das que são legítimas, correspondem à apreciação do mérito" bem como, quanto à suposta ilicitude do "dôssie criminal" preparado por Genivaldo, que "conforme o r. Juízo bem esclareceu, foi apenas o conteúdo do depoimento prestado por GENILSON utilizado para desencadear uma investigação inicialmente no âmbito do Ministério Público Federal que coletou dados e elementos (de forma lícita como será examinado a seguir) para subsidiar pedido de interceptação telefônica deferido pelo Judiciário, bem como a continuidade das investigações pela Polícia Federal com o auxílio da Receita Federal, que culminaram na presente ação penal", o que afasta a aventada ilicitude das provas defendida pela combativa defesa. Precedentes.

[...]

Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 1771698/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 19/02/2019; grifou-se).

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO TEMPORÁRIA. PRORROGAÇÃO. 10 DIAS. NULIDADE. OCORRÊNCIA. DEVISSA ILEGAL DE APARELHOS CELULARES.

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA.

[...]

4. A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos, como smartphones e tablets, encontra guarida constitucional, importando a necessidade de prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação.

5. No caso, ocorrida a prisão em flagrante, os agentes policiais realizaram, sem autorização judicial, devassa nos dados dos celulares apreendidos, tendo sido prolatada decisão judicial autorizando acesso aos aparelhos posteriormente ao efetivo acesso.

6. "Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública" (RHC n. 67.379/RN, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe de 9/11/2016).

7. O reconhecimento da ilicitude de prova torna imprestáveis todas as que dela são derivadas, **exceto se** de produção independente ou de **descoberta inevitável**, conforme entendimento doutrinário, jurisprudencial e legal de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

8. Ordem parcialmente concedida para anular as provas obtidas por devassa ilegal dos aparelhos telefônicos e as delas derivadas."

(HC 454.396/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 18/10/2019).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E FURTO QUALIFICADO. **SUPOSTA NULIDADE NA PROVA, DECORRENTE DE ACESSO A APARELHO CELULAR, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.** ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE FIRMA A EXISTÊNCIA DE PROVA INDEPENDENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. A prova ilícita não contamina as provas produzidas por fonte independente ou cuja **descoberta seria inevitável**. Precedentes desta Corte.

2. Se a Corte de origem concluiu pela existência de prova independente daquela tida como ilícita na impetração e que tal elemento seria suficiente para subsidiar a acusação, não há como rediscutir tal conclusão na via eleita, ante a impossibilidade de incursão fático-probatória.

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no RHC 117.030/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 07/10/2019).

Além de amplamente aceita pela jurisprudência desta Corte, não é demais destacar que a descoberta inevitável – hoje não mais teoria, porque positivada – encontra expressa previsão no nosso Código de Processo Penal:

“Art. 157. [...]

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

# Superior Tribunal de Justiça

§ 2º Considera-se *fonte independente* aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).” (Grifou-se)

Veja-se que, apesar de a lei empregar a terminologia **fonte independente**, a doutrina ensina que o dispositivo apresenta, em verdade,

“a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável, muito utilizada no direito estadunidense. Na descoberta inevitável admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.” *Curso de Processo Penal*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 459).

Renato Brasileiro de Lima também chama a atenção para o equívoco na lei:

“Especial atenção, todavia, deve ser dispensada ao art. 157, § 2º, do CPP, segundo o qual “considera-se fonte independente aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, *seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*”. [...] **apesar de o dispositivo fazer menção à fonte independente, parece ter havido um equívoco por parte do legislador, pois, ao empregar o verbo no condicional, o conceito aí fornecido (*seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*) refere-se ao da limitação da descoberta inevitável [...].” (*Manual de processo penal*. 8ª ed. Salvador: Juspodvím, 2020, p. 693; grifou-se).**

Cumpra ainda notar que a mencionada teoria já reverbera inclusive no âmbito da Suprema Corte:

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**.

[...]

4. Ordem denegada.”

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

Nesse mesmo sentido, aplicando o enunciado do parágrafo segundo do art. 157 do CPP: RHC 144.610, de relatoria do em. Min. Gilmar Mendes, julgado em 5.11.2018; RHC 144.610, de relatoria do em. Min. Gilmar Mendes, julgado em 5.11.2018; Rcl 25.162 ED, de relatoria do em. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27.11.2017; HC 153.270, de relatoria do em. Min. Edson Fachin, julgado em 24.9.2019; ARE 933.976, de relatoria do em. Min. Dias Toffoli, julgado em 1.6.2016; RMS 36.718, de relatoria do em. Min. Roberto Barroso, julgado em 7.10.2020.

## 5 TEORIA DA LIMITAÇÃO DA MANCHA PURGADA

Outra teoria apontada pela doutrina como exceção às regras de exclusão da prova ilícita é a **limitação da mancha purgada**, dos **vícios sanados** ou da **tinta diluída**.

Note-se que,

“De acordo com essa limitação, não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se o **nexo causal** entre a prova primária e a secundária **for atenuado** em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal. Nesse caso, apesar de já ter havido a contaminação de um determinado meio de prova em face

# Superior Tribunal de Justiça

da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento futuro expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8ª ed. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 695; grifou-se).

Ensina esse jurista que, do precedente histórico que deu ensejo a tal doutrina, depreende-se: “um vício de ilicitude originário por ser expurgado, ou seja, removido, por meio de um ato independente interveniente ... a determinar a interrupção da corrente causal entre a ilegalidade originária e a prova subsequente.” (*Ibidem*). Conforme ainda o mesmo autor, para parte da doutrina, essa teoria passou a constar expressamente do Código de Processo Penal, após as alterações introduzidas pela Lei nº 11.690/08. Confira-se:

“Art. 157, § 1º, do CPP: são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Ele explica que, apesar de não haver qualquer referência expressa à limitação da tinta diluída, ao se referir o dispositivo à ausência de nexo de causalidade entre a prova ilícita originária e prova subsequente, pode-se do trecho destacado extrair a adoção da referida teoria. Isso porque, não obstante o vício da ilicitude originária, conforme o texto legal, pode-se haver a atenuação do nexo causal, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. O doutrinador ainda adverte que a teoria da mancha purgada não se confunde com a teoria da fonte independente:

“Apesar de guardar certa semelhança com a limitação da fonte independente, a teoria da mancha purgada com ela não se confunde. Na teoria da fonte independente, o nexo causal entre as provas é atenuado em razão da circunstância de a prova secundária possuir existência independente da prova primária. Na limitação da mancha purgada, o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária, as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória, a menor relevância da ilegalidade ou a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária.” (*Idem*, p. 696).

Convém também observar que a teoria em questão já fora aplicada pela Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça:

**“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR. PARÂMETRO DE VALIDADE. ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO. ORDEM PÚBLICA, SOBERANIA NACIONAL E BONS COSTUMES. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. EXCEÇÕES. TEORIA DA MANCHA PURGADA. NEXO DE CAUSALIDADE. ATENUAÇÃO. PRERROGATIVA DE FORO. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA. DESMEMBRAMENTO. FORO PREVALENTE. ART. 78 DO CPP. PREJUÍZO CONCRETO. DEFESA. AUSÊNCIA. CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA. APTIDÃO DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE**

DINHEIRO. CONSUNÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. RECEBIMENTO.

1. O propósito da presente fase procedimental é verificar a aptidão da denúncia e a possibilidade de absolvição sumária do acusado, a quem é imputada a suposta prática dos crimes de corrupção passiva circunstanciada (art. 317, § 1º, do CP), por 17 (dezesete vezes), e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98).

2. As provas obtidas por meio de cooperação internacional em matéria penal devem ter como parâmetro de validade a lei do Estado no qual foram produzidas, conforme a previsão do art. 13 da LINDB. 3. A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB.

4. A teoria dos frutos da árvore envenenada tem sua incidência delimitada pela exigência de que seja direto e imediato o nexo causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária.

**5. De acordo com a teoria do nexo causal atenuado ou da mancha purgada, i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal, entre outros elementos, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária e afastando a inadmissibilidade de referida prova.**

6. Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo.

[...]

14. Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida.”

(APn 856/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 06/02/2018; grifou-se).

Com efeito, resta-nos examinar, no caso concreto, se a repetição da prova, com observância da determinação constitucional, nos traria efetivamente uma prova lícita.

## **6 REPETIÇÃO DA PROVA E ANÁLISE DO CASO CONCRETO**

Nas palavras de Eugênio Pacelli:

“Como regra, a prova ilícita não será repetida, salvo quando e nas hipóteses previstas em lei, como, por exemplo, nos casos de *descoberta inevitável* (não obstante o art. 157, § 2º, CPP, registre a expressão *fonte independente*, parece-nos claro restar ali consignada a construção que envolve a descoberta inevitável ...” (*Curso de Processo Penal*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, pp. 113-114).



# Superior Tribunal de Justiça

No caso concreto, réu foi preso em flagrante portando 6,139 g de maconha. Ao ser conduzido à delegacia, os policiais, em análise de informações contidas no celular do acusado, encontraram provas do comércio ilícito de drogas:

“O recorrente foi denunciado, como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, porque "trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 6,139 g (**seis gramas** e cento e trinta e nove miligramas) da droga conhecida como **maconha**" (fl. 66). Ainda, conforme a inicial, o acusado, em posse do entorpecente citado, "foi flagrado por policiais militares que realizavam blitz de trânsito 'Operação Saturação' [e] devidamente conduzido à Delegacia, sendo certo que, realizada análise (fl. 84) das informações contidas no celular marca Samsung (sic), modelo 4G Duos, cor preto que levava consigo, foram encontradas provas do comércio ilícito de drogas" (fl. 66, grifei)." (e-STJ, fl. 26; grifou-se).

Note-se que a prova decorrente do emprego desse meio ilícito é inadmissível no processo, devendo ser desentranhada, conforme já determinado e cumprido pelo em. Juízo de origem.

De todo modo, a **fonte de prova** (o celular apreendido), nos parece lícito concluir, está preservada. Isso fica claro do próprio voto do em. Ministro Relator, que anota:

“De fato, muito embora o acesso às conversas armazenadas no aplicativo WhatsApp haja ocorrido sem a devida autorização, de tal sorte que foram reconhecidas ilícitas as provas produzidas a partir dessas conversas, verifica-se que **a fonte se manteve íntegra**, tal qual era **à época do delito imputado ao reclamante**.

Nessa perspectiva, **não há empecilho** a que o Magistrado, instado pelo Ministério Público, decida de modo fundamentado acerca da possibilidade de realização de **perícia**, com acesso às conversas armazenadas no WhatsApp, sem que isso represente afronta à autoridade da decisão desta Corte. **Não há, portanto, procedência na argumentação feita nesta reclamação.**” (Grifou-se).

Até aqui, convergimos com a compreensão do em. Min. Relator. Porém, a partir desse ponto entendemos de maneira diversa, compreendendo ser possível, **no próprio processo**, dar-se seguimento ao feito.

Note-se que o voto apresentado por Sua Excelência assevera que o tráfico de drogas somente fora descoberto em razão da devassa policial ao conteúdo resguardado pelo direito constitucional à intimidade:

“Infere-se claramente do conteúdo do acórdão proferido no **RHC n. 89.385/SP**, que a prisão do acusado se deu porque haveria sido flagrado, em uma blitz, com a **posse de drogas para consumo próprio. Somente com o acesso ao conteúdo das conversas no WhatsApp é que foi descoberto o crime de tráfico de drogas**. Vale dizer, não havia absolutamente nenhum indicativo, até o acesso às mensagens, do cometimento do delito de tráfico. No particular, extrai-se do referido *decisum*:

# Superior Tribunal de Justiça

Ainda conforme a inicial, o acusado, em posse do entorpecente citado, “foi flagrado por policiais militares que realizavam blitz de trânsito 'Operação Saturação' [e] **devidamente conduzido à delegacia, sendo que, realizada análise (fl. 84) das informações contidas no celular marca Samsung (sic), modelo 4G Duos, cor preto que levava consigo, foram encontradas provas do comércio ilícito de drogas**” (fl. 66, grifei). (RHC n. 89.385/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, DJe 28/8/2020, destaquei)

Logo, a descoberta do crime de tráfico se deu exclusivamente com base em prova considerada ilícita, visto que não havia autorização judicial para acesso às conversas de WhatsApp.” (Grifou-se).

De todo modo, o em. Ministro ressalta que **a apreensão do celular ocorrera de forma legítima**, pois o agente fora flagrado portando droga:

“É dizer, conquanto legítima e autorizada a apreensão do celular, pelo fato de haver sido o ora reclamante flagrado na posse de drogas, não era lícito devassar, sem ordem judicial, seu conteúdo.”

Com efeito, promovendo-se, nesse ponto, um recorte temporal hipotético, tem-se que, nos autos do processo criminal, restaram como prova a **prisão em flagrante** e o **celular apreendido**. Não fosse o aparelho telefônico objeto de averiguação policial no passado, ter-se-ia alta probabilidade de a autoridade policial representar pela quebra do sigilo de dados, obtendo-se, assim, de forma legítima, as informações acessadas de maneira ilegítima. Ora, o próprio Ministro relator reconhece, no dispositivo do seu voto, a possibilidade de ser “realizada perícia sobre o aparelho”. Note-se, portanto, que a situação se casa com perfeição àquela hipótese trabalhada na **teoria da descoberta inevitável**.

Além disso, é possível compreender também que aquela mácula processual (devassa sem autorização judicial) é perfeitamente expurgada com a eliminação da prova dela decorrente e a realização de nova perícia, devidamente autorizada pela autoridade judicial, no aparelho apreendido licitamente. Poder-se-ia cogitar também da aplicação da **teoria da mancha purgada**.

Destaque-se, neste momento, que não se está a defender a validação de uma prova já considerada ilícita por esta Corte. Essa matéria se encontra preclusa e superada. Aqui se está apenas a permitir que o magistrado, mediante requerimento do Órgão acusador, uma vez reconhecida a ilicitude da prova por ausência de autorização judicial, realize o saneamento do feito de modo a obter prova que, de qualquer forma, seria obtida.

Ante o exposto, pedindo vênias ao em. Ministro Relator, voto pela **improcedência** da reclamação, **reconhecendo a validade da reabertura da instrução** processual, a requerimento do Ministério Público, de modo que se possa produzir, se for o caso, de maneira lícita, a prova necessária ao julgamento do feito, uma vez reconhecida a hipótese de descoberta inevitável.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2018/0285479-8

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**Rcl 36.734 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050617620168260066 50617620168260066

PAUTA: 14/10/2020

JULGADO: 09/12/2020

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

**AUTUAÇÃO**

RECLAMANTE : **LEONARDO DE OLIVEIRA MONTEIRO**

ADVOGADOS : **MERHEJ NAJM NETO - SP175970**

**DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748**

RECLAMADO : **JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE BARRETOS - SP**

INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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 TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado divergente do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, julgando improcedente a reclamação, reconhecendo a validade da reabertura da instrução processual, a requerimento do Ministério Público, de modo que se possa produzir, se for o caso, de maneira lícita, a prova necessária ao julgamento do feito, uma vez reconhecida a hipótese de descoberta inevitável, pediu vista (coletiva) o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Aguardam os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Júnior.

Ausente, justificadamente, nessa assentada, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

# Superior Tribunal de Justiça

**RECLAMAÇÃO Nº 36.734 - SP (2018/0285479-8)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

RECLAMANTE : LEONARDO DE OLIVEIRA MONTEIRO

ADVOGADOS : MERHEJ NAJM NETO - SP175970

DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748

RECLAMADO : JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE BARRETOS - SP

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## VOTO-VISTA

### O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de reclamação ajuizada por LEONARDO DE OLIVEIRA MONTEIRO contra decisão do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Barretos/SP, por suposto descumprimento à autoridade da decisão proferida no Recurso em *Habeas Corpus* n. 89.385/SP.

No referido recurso, foi declarada a "nulidade das provas obtidas pelo exame do celular encontrado em poder do réu, sem autorização judicial" e, por consequência, da sentença condenatória, determinando-se ao Magistrado de origem o desentranhamento das provas ilícitas bem como das derivadas, com a renovação do julgamento.

O Juízo de origem, por seu turno, após desentranhar as provas ilícitas, reabriu a instrução processual, com renovação da produção da prova obtida anteriormente de forma ilícita, porém com observância do regramento legal. Dessarte, por considerar o reclamante que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não possui referida abrangência, ingressou com a presente reclamação.

O eminente Relator, Ministro Rogério Schietti, considerou não ter havido descumprimento do que decidido no Recurso em *Habeas Corpus* n. 89.385/SP, porquanto se determinou a renovação do julgamento. Dessarte, assentou que "**não há empecilho** a que o Magistrado, instado pelo Ministério Público, decida de modo fundamentado acerca da possibilidade de realização de **perícia**, com acesso às conversas armazenadas no WhatsApp, sem que isso represente afronta à autoridade da decisão desta Corte".

Contudo, o eminente Relator avançou em sua análise, para considerar que a

# Superior Tribunal de Justiça

decisão proferida no Recurso em *Habeas Corpus* n. 89.385/SP se mostrou equivocada, porquanto deveria ter sido anulado o processo desde o início e não apenas a sentença condenatória, uma vez que o crime de tráfico apenas foi descoberto por meio da prova ilícita.

Dessarte, o Relator  **julgou improcedente** a reclamação. Entretanto, votou para "conceder a ordem de ofício, de modo a reconhecer a  **nulidade do processo *ab initio*** , sem prejuízo de que, realizada perícia sobre o aparelho, desta feita  **devidamente autorizada** , se permita nova denúncia e o deflagrar de nova ação penal".

Já o eminente Ministro Ribeiro Dantas, em seu voto-vista, acompanhou o Relator para considerar que não houve descumprimento do que decidido no Recurso em *Habeas Corpus* n. 89.385/SP, assentando igualmente que " **não há empecilho**  a que o Magistrado, instado pelo Ministério Público, decida de modo fundamentado acerca da possibilidade de realização de  **perícia** , com acesso às conversas armazenadas no WhatsApp, sem que isso represente afronta à autoridade da decisão desta Corte".

Entretanto, por considerar que seria "alta probabilidade de a autoridade policial representar pela quebra do sigilo de dados, obtendo-se, assim, de forma legítima, as informações acessadas de maneira ilegítima", concluiu que seria o caso de aplicar a teoria da descoberta inevitável ou da mancha purgada, razão pela qual não haveria se falar em anulação do processo desde o início.

Pedi vista dos autos para melhor analisar o tema e passo a tecer minhas considerações.

Primeiramente, faço minhas as palavras do Ministro Ribeiro Dantas, ao "ressaltar que a higidez epistêmica do em. Min. Rogério Schietti salta aos olhos e, de maneira bastante feliz, engrandece o debate técnico-jurídico nesta 3ª Seção". Elogio que estendo ao eminente Ministro Ribeiro Dantas, haja vista a excelência de seu voto-vista.

De pronto, observo que há consenso no que diz respeito à possibilidade de reabertura da instrução processual, para renovação de prova considerada ilícita ou ilegítima,  **desde que seja possível sua repetição** . No ponto, considerados os aprofundamentos

# Superior Tribunal de Justiça

doutrinários trazidos tanto no voto do Relator quanto no voto-vista, constato que, de fato, anulada a sentença e extraídas as provas ilícitas, bem como as dela derivadas, cabe ao Magistrado de origem verificar a necessidade de reabertura da instrução processual, para renovação do julgamento.

Portanto, alinho-me ao entendimento firmado pelo Relator e acompanhado pelo voto-vista, no sentido de que a reabertura da instrução processual para renovação do julgamento **não revela descumprimento do que decidido** no Recurso em *Habeas Corpus* n. 89.385/SP.

No que diz respeito ao ponto em que há dissenso, observo que o eminente Relator considerou que apenas se descobriu o crime de tráfico por meio da análise indevida das informações constantes do celular do reclamante, o que, por decorrência lógica, o levou à concessão da ordem de ofício para anular o processo desde o início, na presente oportunidade.

Contudo, o eminente Ministro Ribeiro Dantas, em seu voto-vista, considerou que a hipótese dos autos autoriza a aplicação das teorias limitadoras da prova ilícita por derivação, em especial a teoria da descoberta inevitável ou a teoria da mancha purgada, razão pela qual não haveria se falar em anulação do processo desde o início.

No ponto, destaco que, conforme consta do próprio voto-vista, a teoria da descoberta inevitável guarda relação com a existência de fonte hipotética independente, a qual "não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável". "Em outras palavras, não basta um juízo do possível. **É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova**". (Manual de processo penal. 8ª ed. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 693).

Já na teoria da mancha purgada, "o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária, as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória, **a menor relevância da ilegalidade** ou a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova

# Superior Tribunal de Justiça

secundária". (Idem, p. 696).

No caso concreto analisado nos presentes autos, constata-se que o reclamante foi flagrado portando **6,139g de maconha** por policiais militares que realizavam blitz de trânsito, motivo pelo qual foi conduzido à delegacia e teve seu celular apreendido. Nesse contexto, considera o eminente Ministro Ribeiro Dantas que seria alta probabilidade de a autoridade policial representar pela quebra do sigilo de dados. De igual sorte, aduz que a nova perícia eliminaria o vício anterior.

Contudo, ser flagrado em uma blitz portando 6,139g de maconha típica, em tese, crime de porte para consumo ou crime de trânsito, os quais não revelam, em um primeiro momento, a necessidade de se realizar perícia no aparelho celular. Com efeito, não é possível concluir que a descoberta do envolvimento com o tráfico seria, infalivelmente, obtida pelo desenvolvimento regular, lícito e ordinário das atividades investigativas. Nesse contexto, considero não se tratar de hipótese de aplicação da teoria da descoberta inevitável.

A propósito:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ACESSO A DADOS CONTIDOS NO CELULAR DO RÉU. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. ORDEM CONCEDIDA. 1. Os dados armazenados nos aparelhos celulares - envio e recebimento de mensagens via SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens, fotografias etc. -, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são invioláveis, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, só podendo, portanto, ser acessados e utilizados 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. 2. No caso, por ocasião da própria prisão em flagrante - sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial -, o policial atendeu o telefone do réu e afirmou que a ligação tratava de um pedido de venda de substância entorpecente. Na delegacia o celular do réu foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de mensagens de texto que indicavam prévia negociação da venda de entorpecentes, sem, portanto, anterior autorização judicial. 3. A denúncia se apoiou em elementos obtidos a partir da apreensão do celular pela autoridade policial, os quais estão reconhecidamente contaminados pela forma ilícita de sua colheita. Não é possível identificar, com precisão, se houve algum elemento informativo*

*produzido por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável, porquanto o contexto da abordagem do ora recorrente, aliado à quantidade de drogas apreendidas e aos dados obtidos por meio do acesso ao celular do agente, é que formaram a convicção do Parquet pelo oferecimento de denúncia pela possível prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. 4. Ordem de habeas corpus concedida, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio do acesso ao celular do recorrente, bem como de todas as que delas decorreram e, conseqüentemente, anular o Processo n. 0000377-09.2016.8.26.0196 ab initio, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, desde que amparada em elementos informativos regularmente obtidos. Em consequência, fica determinado o relaxamento da prisão cautelar imposta ao réu, por excesso de prazo. (HC 542.293/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA OBTIDA DE CONVERSA TRAVADA POR FUNÇÃO VIVA-VOZ DO APARELHO CELULAR DO SUSPEITO. DÚVIDAS QUANTO AO CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCOBERTA INEVITÁVEL. INOCORRÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO MANTIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão. 2. Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa. 3. O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente. 4. Está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódia*



# Superior Tribunal de Justiça

*de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita. 5. Recurso especial desprovido. (REsp 1630097/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 28/04/2017).*

De igual sorte, a meu ver, a nova perícia válida **não diminuiu a ilegalidade** da denúncia oferecida com base na prova já reconhecida como ilícita, por meio da qual se descobriu o crime de tráfico, porquanto não há se falar em menor relevância da ilegalidade ou na vontade do agente em colaborar com a persecução criminal atenuando a ilicitude originária. Assim, considero não ser possível se falar também em mancha purgada.

Dessa forma, julgo improcedente a presente reclamação e, pedindo vênua ao eminente Ministro Ribeiro Dantas, acompanho o eminente Relator, para conceder a ordem, de ofício, anulando o processo desde o início.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2018/0285479-8

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**Rcl 36.734 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050617620168260066 50617620168260066

PAUTA: 14/10/2020

JULGADO: 10/02/2021

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

**AUTUAÇÃO**

RECLAMANTE : LEONARDO DE OLIVEIRA MONTEIRO

ADVOGADOS : MERHEJ NAJM NETO - SP175970

DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748

RECLAMADO : JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE BARRETOS - SP

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista (coletiva) do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, acompanhando o Sr. Ministro Relator, julgando improcedente a reclamação, para conceder a ordem de ofício, anulando o processo desde o início, e os votos dos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Larita Vaz, João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Júnior no mesmo sentido, e o voto do Sr. Ministro Felix Fischer, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Ribeiro Dantas, julgando improcedente a reclamação, reconhecendo a validade da reabertura da instrução processual, a requerimento do Ministério Público, de modo que se possa produzir, se for o caso, de maneira lícita, a prova necessária ao julgamento do feito, uma vez reconhecida a hipótese de descoberta inevitável, a Terceira Seção, por unanimidade, julgou improcedente a reclamação, e, por maioria, concedeu a ordem de ofício para reconhecer a nulidade do processo ab initio, sem prejuízo de que, realizada a perícia, desta feita por decisão judicial motivada, seja eventualmente apresentada nova denúncia e deflagrada outra ação penal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Felix Fischer.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz,

# *Superior Tribunal de Justiça*

João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.  
Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.  
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

