



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 680613 - SP (2021/0221647-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MILENA JACKELINE REIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALLACE NEPOMUCENO MOSTARDA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **WALLACE NEPOMUCENO MOSTARDA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

HABEAS CORPUS Tráfico de drogas e posse de arma de fogo de uso permitido Nulidade da citação realizada por telefone e por meio eletrônico Não verificada Réu que responde ao processo em liberdade - Ato plenamente efetivo Sr. Oficial de Justiça procurado pelo próprio acusado, por meio telefônico Excepcionalidade do momento atual, marcado pela pandemia do COVID-19 Precedentes deste E. Tribunal - Defesa prévia, inclusive, já apresentada nos autos de origem - Não comprovado o prejuízo - Inexistência de constrangimento ilegal Ordem denegada. (e-STJ, fl. 262).

Nesta instância, a impetrante sustenta a nulidade decorrente da citação do acusado via *WhatsApp* e correio eletrônico, pois entende que não há comprovação da identidade do citando.

Assim, busca a anulação do ato citatório, determinando-se a feitura de nova comunicação.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Destaque-se, inicialmente, que a citação do acusado revela-se, de fato, um dos atos mais importantes do processo. É por meio dela que o indivíduo toma conhecimento dos fatos que o Estado, por meio do *jus puniendi* lhe direciona e, assim, passa a poder demonstrar os seus contra-argumentos à versão acusatória estatal. Aperfeiçoa-se, assim, a relação jurídico-processual penal ensejadora do contraditório e da ampla defesa, por meio do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF).

É essa versão estatal devidamente contraditada pelo acusado que torna possível, eventualmente, impor-se pena ao indivíduo (Princípio da necessidade). Diversamente do que se verifica na seara Processual Civil, em que se pode prescindir do Direito adjetivo para se concretizar determinado direito substantivo, no processo penal, o processo penal, para que se possa falar em pena, é indelével.

Nas precisas palavras de Aury Lopes Júnior, podemos dizer que:

"Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal (ou, se preferirem, são as regras do jogo, se pensarmos no célebre trabalho *Il processo come giuoco* de CALAMANDREI). Esse é o núcleo conceitual do 'Princípio da Necessidade'." (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 22; grifou-se).

Veja-se que a citação produz vários efeitos no processo penal. Após ser citado, o réu que deixar de comparecer sem motivo justificado para qualquer ato ou mudar-se sem comunicar o novo endereço ao juízo sofrerá o efeito processual da revelia, não sendo mais intimados dos demais atos processuais (art. 367 do CPP). Note-se que o ato citatório é tão importante que o acusado citado por edital (citação ficta) tem a seu favor, desde que não constitua advogado, a suspensão do processo (o prazo prescricional, nessa hipótese, também é suspenso), de modo que a persecução penal só continue quando ele, ciente da acusação, possa exercer a sua defesa.

Com efeito, não se pode prescindir, de maneira alguma, da autêntica, regular e comprovada citação do acusado, sob pena de se infringir a regra mais básica do processo penal, qual seja a da observância ao princípio do contraditório. Como explica Eugênio Pacelli, "O contraditório, ... junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental ... do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal." (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 76).

Note-se, portanto, que, a princípio, vários óbices impediriam a citação via *Whatsapp*, seja de ordem formal, haja vista a competência privativa da União para legislar sobre processo (art. 22, I, da CF), ou de ordem material, em razão da ausência de previsão legal e possível malferimento de princípios como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

De todo modo, saliente-se que, apesar de a infringência à norma constitucional com conteúdo de garantia acarretar como sanção a nulidade absoluta, a doutrina corretamente indica ser "preciso examinar, caso a caso, se o vício ou ausência do ato processual defensivo prejudica a ampla defesa como um todo, ou se não têm eles esse alcance" (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 75). Nessa obra, encontra-se a seguinte explanação:

"Com a evolução dos estudos em torno do procedimento, motivados pela ideia de que ele constitui um dos elementos essenciais da relação jurídica processual, caminha-se para o exame da invalidade não mais com base apenas na atipicidade do ato, visto isoladamente, mas em face de sua função dentro do procedimento, realidade unitária de formação sucessiva." (Ob. cit., p. 22)

Com isso, é lícito assinalar que "sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil" (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Ibidem*, p. 27). Aqui se verifica, portanto, a ausência de nulidade sem demonstração de prejuízo ou, em outros termos, princípio *pas nullité sans grief*.

Nessa senda, registre-se não ser adequado fechar-se os olhos para a realidade. Excluir peremptória e abstratamente a possibilidade de utilização do *Whatsapp* para fins da prática de atos de comunicação processuais penais, como a citação e a intimação, não se revelaria uma

postura comedida. Não se trata de autorizar a confecção de normas processuais por tribunais, mas sim o reconhecimento, em abstrato, de situações que, com os devidos cuidados, afastariam, ao menos, a princípio, possíveis prejuízos ensejadores de futuras anulações. Isso porque a tecnologia em questão permite a troca de arquivos de texto e de imagens, o que possibilita ao oficial de justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade do número telefônico, bem como da identidade do destinatário para o qual as mensagens são enviadas.

É possível, assim, imaginar-se, por exemplo, que, após o agente público comunicar sua qualidade e a sua pretensão citatória, requeira a emissão, via *Whatsapp*, de arquivo com a foto de documento de identificação do acusado, um termo de ciência do ato citatório assinado de próprio punho, quando o oficial eventualmente possuir algum documento do citando para comparar as assinaturas, ou qualquer outra medida que torne incontestado tratar-se de conversa travada com o verdadeiro denunciado.

Destaque-se, aqui, que a mera confirmação escrita da identidade pelo citando não nos parece suficiente para a finalidade de tornar o acusado ciente da imputação, especialmente quando não houver foto individual do citando no aplicativo que permita identificá-lo.

Necessário distinguir, porém, essa situação daquela em que, além da escrita pelo citando, há no aplicativo foto individualizada dele. Nesse caso, ante a mitigação dos riscos, diante da concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de, posteriormente, comprovar eventual nulidade, seja com registro de ocorrência de furto, roubo ou perda do celular na época da citação, com contrato de permuta da linha telefônica, com testemunhas ou qualquer outro meio válido que autorize concluir de forma assertiva não ter havido citação válida.

A propósito, confira-se o seguinte precedente de minha relatoria:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. CITAÇÃO VIA WHATSAPP. NULIDADE. PRINCÍPIO DA NECESSIDADE. INADEQUAÇÃO FORMAL E MATERIAL. PAS DE NULITÉ SANS GRIEF. AFERIÇÃO DA AUTENTICIDADE. CAUTELAS NECESSÁRIAS. NÃO VERIFICAÇÃO NO CASO CONCRETO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A citação do acusado revela-se um dos atos mais importantes do processo. É por meio dela que o indivíduo toma conhecimento dos fatos que o Estado, por meio do jus puniendi lhe direciona e, assim, passa a poder demonstrar os seus contra-argumentos à versão acusatória (contraditório, ampla defesa e devido processo legal).

3. No Processo Penal, diversamente do que ocorre na seara Processual Civil, não se pode prescindir do processo para se concretizar o direito substantivo. É o processo que legitima a pena.

4. Assim, em um primeiro momento, vários óbices impediriam a citação via *Whatsapp*, seja de ordem formal, haja vista a competência privativa da União para legislar sobre processo (art. 22, I, da CF), ou de ordem material, em razão da ausência de previsão legal e possível malferimento de princípios caros como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

5. De todo modo, imperioso lembrar que "sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil" (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 27).

Aqui se verifica, portanto, a ausência de nulidade sem demonstração de prejuízo ou, em outros termos, princípio pas nullité sans grief.

6. Abstratamente, é possível imaginar-se a utilização do *Whatsapp* para fins de

citação na esfera penal, com base no princípio *pas nullité sans grief*. De todo modo, para tanto, imperiosa a adoção de todos os cuidados possíveis para se comprovar a autenticidade não apenas do número telefônico com que o oficial de justiça realiza a conversa, mas também a identidade do destinatário das mensagens.

7. Como cediço, a tecnologia em questão permite a troca de arquivos de texto e de imagens, o que possibilita ao oficial de justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade da conversa. É possível imaginar-se, por exemplo, a exigência pelo agente público do envio de foto do documento de identificação do acusado, de um termo de ciência do ato citatório assinado de próprio punho, quando o oficial possuir algum documento do citando para poder comparar as assinaturas, ou qualquer outra medida que torne incontestável tratar-se de conversa travada com o verdadeiro denunciado. De outro lado, a mera confirmação escrita da identidade pelo citando não nos parece suficiente.

8. Necessário distinguir, porém, essa situação daquela em que, além da escrita pelo citando, há no aplicativo foto individual dele.

Nesse caso, ante a mitigação dos riscos, diante da concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de, posteriormente, comprovar eventual nulidade, seja com registro de ocorrência de furto, roubo ou perda do celular na época da citação, com contrato de permuta, com testemunhas ou qualquer outro meio válido que autorize concluir de forma assertiva não ter havido citação válida.

9. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para anular a citação via Whatsapp, porque sem nenhum comprovante quanto à autenticidade da identidade do citando, ressaltando, porém, a possibilidade de o comparecimento do acusado suprir o vício, bem como a possibilidade de se usar a referida tecnologia, desde que, com a adoção de medidas suficientes para atestar a identidade do indivíduo com quem se travou a conversa."

(HC 641.877/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021).

No caso concreto, sobre a controvérsia, asseverou o Tribunal de Justiça:

"A presente ordem deve ser denegada.

O paciente responde ao processo solto e, conforme consta da certidão acostada aos autos, não foi localizado para citação (fls. 205).

Logo após, sobreveio nova certidão, retificando o teor da certidão anteriormente exarada (fls. 206), na qual constou o seguinte: "(...) recebi, após duas semanas a suspensão das diligências, uma ligação do réu WALLACE NEPOMUCENO MOSTARDA, alegando que o endereço diligenciado anteriormente estava vazio apenas temporariamente. Ato contínuo, solicitou dados do mandado. No dia 2 de fevereiro do corrente ano, enviei cópia da denúncia e do mandado para o endereço eletrônico fornecido pelo próprio réu. Ele confirmou o recebimento da denúncia e deu ciência do seu inteiro teor, conforme comunicação eletrônica em anexo. Diante do exposto, CITEI o réu WALLACE NEPOMUCENO MOSTARDA, segundo os procedimentos previstos na Resolução CNJ nº 354/2020. O réu afirmou que irá nomear advogado particular. O telefone celular do réu é o (11) 97024-7797. O endereço eletrônico dele é wallacenepomuceno2@gmail.com".

Foi anexada cópia da mensagem confirmando o recebimento do e-mail com anexos pelo paciente (fls. 207).

Pois bem.

Da análise dos autos, não se verifica, em análise perfunctória que esta via permite, qualquer irregularidade apta a macular a citação do paciente.

No presente caso, como se vê, após a realização de diligências com vistas à localização do paciente, sem sucesso, o próprio acusado entrou em contato com o Sr. Oficial de Justiça por meio telefônico, ocasião em que recebeu cópia de denúncia e do respectivo mandado de citação em endereço eletrônico fornecido por ele, que confirmou o recebimento e deu ciência de seu inteiro teor, inexistindo, pois, qualquer prejuízo.

Aliás, como se sabe, no âmbito do Direito Processual Penal vigora o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual, para ser reconhecida nulidade, é

necessária a comprovação de efetivo prejuízo para a parte que a alega, o que certamente não ocorreu no presente caso.

A propósito:

“Como sabido e consabido, cumpria aos apelantes, além de comprovar a existência da alegada nulidade, demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo dela decorrente, o que não ocorre na espécie, a tornar, pois, imprescindível trazer a lume a norma do artigo 563 do Código de Processo Penal, que dispõe: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". É a consagração do princípio pas de nullité sans grief” (Ap. nº 0000753-85.2008.8.26.0095, Rel. Moreira da Silva, j. em 30.09.2012).

Inclusive, já foi apresentada defesa prévia nos autos de origem (fls. 202/208), não se vislumbrando, pois, a existência de efetivo prejuízo ao réu.

Há que se considerar, ainda, o momento atual, marcado pela pandemia do COVID-19, em que o Poder Judiciário e os setores da sociedade, em geral, têm se utilizado de meios eletrônicos para a manutenção dos trabalhos.

Assim, “(...) não se constata ilegalidade a macular o ato citatório, porquanto, embora inexistam, no CPP, previsão legal expressa da realização de citação mediante o aplicativo WhatsApp, deve ser ponderada a excepcionalidade da atual situação de pandemia, em razão da qual devem ser evitados os contatos presenciais.”¹ Nesse passo, a decisão combatida mostra-se devidamente fundamentada, tendo o Magistrado a quo consignado, inclusive, que: “(...) em que pese o entendimento da ilustre Defensora Pública, assiste razão a digna Promotora de Justiça, em sua manifestação, que acolho como razão de decidir, o que não me é defeso. É possível ser aferido, por meio da certidão acostada a folhas 198, que o imputado, Wallace Nepomuceno Mostarda, travou diálogo, por meio eletrônico, com o Senhor Oficial de Justiça, que possui presunção de fé pública. Destaca-se que Wallace Nepomuceno Mostarda, contactou o funcionário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de endereço eletrônico pessoal, recebeu a contrafé e confirmou o recebimento.”

Sobre o tema, confira-se jurisprudência deste E. Tribunal:

Habeas Corpus. Alegação de constrangimento ilegal, consistente na citação do paciente, que responde ao processo em liberdade, por telefone e pelo aplicativo "WhatsApp". Pleito objetivando a declaração da nulidade de todos os atos praticados desde a citação via telefone e a subsequente realização do ato na modalidade pessoal. Inviabilidade. Embora inexistam, no CPP, previsão legal expressa da realização de citação mediante o referido aplicativo, deve ser ponderada a excepcionalidade da atual situação de pandemia, em razão da qual devem ser evitados os contatos presenciais. Ademais, verifica-se haver o paciente anuído com tal forma de citação, declarando-se ciente e, inclusive, solicitando a indicação de defensor dativo, o qual já foi nomeado nos autos, de modo que o réu não se encontra indefeso. Por fim, não restou demonstrado, nos autos, qualquer prejuízo causado à parte em razão de a citação ter sido realizada via "WhatsApp", não se vislumbrando violação às suas garantias processuais. Inexistente constrangimento ilegal a ser sanado pela presente via heroica. Ordem denegada. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2210475-02.2020.8.26.0000; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 10ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/11/2020; Data de Registro: 07/11/2020)

[...]

E, como bem observado pela Douta Procuradoria Geral de Justiça, “(...) A iniciativa do ato foi do próprio paciente e não do auxiliar do juízo, o que afasta em termos concretos a existência de prejuízo. Do contrário, estar-se-ia proclamando nulidade de um ato que atingiu o seu fim, sem afronta a lei, sobretudo num momento de excepcionalidade devido à crise sanitária, a qual impõe restrições a atividade presencial e recomenda o uso do meio digital como forma de garantir a um só tempo o distanciamento e a continuidade da prestação jurisdicional.” (fls. 257).

Por todo o exposto, não há motivo para que se proceda à anulação da citação do réu, esta plenamente efetiva.

Aliás, invoca-se, novamente, o princípio pas de nullité sans grief.” (e-STJ, fls. 268-268, grifou-se).

Nos termos acima, em resumo, tem-se que o acusado não foi encontrado para a

citação pessoal. Após duas semanas da tentativa frustrada, sobreveio certidão de Oficial de Justiça nos autos, informando que o acusado entrou em contato via contato telefônico e informou seu número de telefone e seu endereço eletrônico para que fosse encaminhado o mandado de citação. Enviado o documento por e-mail (wallacenepomuceno2@gmail.com), o paciente respondeu com mensagem confirmando o recebimento.

Com efeito, é imprescindível observar que, na hipótese, **não há nenhuma fonte que possibilite identificar com precisão a identidade do citando** como, por exemplo, a existência de foto individual no aplicativo ou a confirmação escrita por ele assinada. No caso, não há dados mínimos que permitam comprovar a autenticidade do destinatário do mandado de citação encaminhado via e-mail para se concluir pela autenticidade do receptor das correspondências eletrônicas.

Sobre a necessidade de elementos mínimos para se concluir pela autenticidade do receptor das mensagens, cito precedente de minha relatoria:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. CITAÇÃO VIA WHATSAPP. NULIDADE. PRINCÍPIO DA NECESSIDADE. INADEQUAÇÃO FORMAL E MATERIAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AFERIÇÃO DA AUTENTICIDADE. CAUTELAS NECESSÁRIAS. OBSERVAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A citação do acusado revela-se um dos atos mais importantes do processo. É por meio dela que o indivíduo toma conhecimento dos fatos que o Estado, por meio do jus puniendi lhe direciona e, assim, passa a poder demonstrar os seus contra-argumentos à versão acusatória (contraditório, ampla defesa e devido processo legal).

2. No Processo Penal, diversamente do que ocorre na seara Processual Civil, não se pode prescindir do processo para se concretizar o direito substantivo. É o processo que legitima a pena.

3. Assim, em um primeiro momento, vários óbices impediriam a citação via Whatsapp, seja de ordem formal, haja vista a competência privativa da União para legislar sobre processo (art. 22, I, da CF), ou de ordem material, em razão da ausência de previsão legal e possível malferimento de princípios caros como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

4. De todo modo, imperioso lembrar que "sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil" (GRINOVER, Ada Pellegrini;

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 27).

Aqui se verifica, portanto, a ausência de nulidade sem demonstração de prejuízo ou, em outros termos, princípio pas nullité sans grief.

5. Abstratamente, é possível imaginar-se a utilização do Whatsapp para fins de citação na esfera penal, com base no princípio pas nullité sans grief. De todo modo, para tanto, imperiosa a adoção de todos os cuidados possíveis para se comprovar a autenticidade não apenas do número telefônico com que o oficial de justiça realiza a conversa, mas também a identidade do destinatário das mensagens.

6. Como cediço, a tecnologia em questão permite a troca de arquivos de texto e de imagens, o que possibilita ao oficial de justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade da conversa. É possível imaginar, por exemplo, a exigência pelo agente público do envio de foto do documento de identificação do acusado, de um termo de ciência do ato citatório assinado de próprio punho, quando o oficial possuir algum documento do citando para poder comparar as assinaturas, ou qualquer outra medida que torne incontestado tratar-se de conversa travada com o verdadeiro denunciado. De outro lado, a mera confirmação escrita da identidade pelo citando não nos parece suficiente.

7. Necessário distinguir, porém, essa situação daquela em que, além da escrita pelo citando, há no aplicativo foto individual dele.

Nesse caso, ante a mitigação dos riscos, diante da concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de, posteriormente, comprovar eventual nulidade, seja com registro de ocorrência de furto, roubo ou perda do celular na época da citação, com contrato de permuta, com testemunhas ou qualquer outro meio válido que

autorize concluir de forma assertiva não ter havido citação válida.

8. No caso concreto, ao menos três elementos permitem concluir pela autenticidade do receptor das mensagens: (a) o número telefônico disponível para contato com o acusado; (b) a confirmação de sua identidade por telefone; e (c) a foto individual do denunciado, no aplicativo, que, inclusive, coincide com a foto de identificação civil também constante dos autos.

9. Agravo desprovido."

(AgRg no RHC 141.245/DF, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 16/04/2021).

Vale ainda frisar que, muito embora a Corte estadual saliente que o ato citatório cumpriu sua função, pois foi apresentada resposta à acusação, imperioso registrar que **a peça foi apresentada pela Defensoria Pública diante da inércia do acusado**. Caso tivesse o acusado constituído advogado particular, poder-se-ia até considerar a procuração outorgada como prova da real ciência do acusado acerca da ação penal, porém, não é esse o caso dos autos.

Dessa forma, ausentes tais elementos mínimos de identificação - ou outros equivalentes -, imperioso o reconhecimento de vício na citação do réu.

No mesmo sentido, confira-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CITAÇÃO VIA WHATSAPP. NULIDADE. REGRA DOS TRÊS ELEMENTOS DE VERIFICAÇÃO NÃO ATENDIDA IN CASU. PRECEDENTE DESTE STJ. INADEQUAÇÃO DA CITAÇÃO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF QUE NÃO SE APLICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, DE OFÍCIO, COM RESSALVA.

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

II - No caso concreto, verifica-se que existe norma interna do eg. Tribunal de origem autorizando, excepcionalmente, a medida da citação via aplicativo de mensagens.

III - Ainda no ano de 2017, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, por unanimidade, a utilização do aplicativo WhatsApp como ferramenta de intimações. Esta foi a decisão tomada durante o julgamento virtual do Procedimento de Controle Administrativo (PCA), de n. 0003251-94.2016.2.00.0000, ao se contestar a decisão da Corregedoria do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), que proibira a utilização do mencionado aplicativo no âmbito do Juizado Civil e Criminal da Comarca de Piracanjuba/GO.

IV - Assim, embora a situação em voga seja de citação, merece destaque esta Quinta Turma já assentou que, "Abstratamente, é possível imaginar-se a utilização do Whatsapp para fins de citação na esfera penal, com base no princípio pas nullité sans grief. De todo modo, para tanto, imperiosa a adoção de todos os cuidados possíveis para se comprovar a autenticidade não apenas do número telefônico com que o oficial de justiça realiza a conversa, mas também a identidade do destinatário das mensagens. (...) Como cediço, a tecnologia em questão permite a troca de arquivos de texto e de imagens, o que possibilita ao oficial de justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade da conversa. É possível imaginar-se, por exemplo, a exigência pelo agente público do envio de foto do documento de identificação do acusado, de um termo de ciência do ato citatório assinado de próprio punho, quando o oficial possuir algum documento do citando para poder comparar as assinaturas, ou qualquer outra medida que torne incontestado tratar-se de conversa travada com o verdadeiro denunciado. De outro lado, a mera confirmação escrita da identidade pelo citando não nos parece suficiente. (...) Necessário distinguir, porém, essa situação daquela em que, além da escrita pelo citando, há no aplicativo foto individual dele. Nesse caso, ante a mitigação dos riscos, diante da concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de, posteriormente, comprovar

eventual nulidade, seja com registro de ocorrência de furto, roubo ou perda do celular na época da citação, com contrato de permuta, com testemunhas ou qualquer outro meio válido que autorize concluir de forma assertiva não ter havido citação válida" (HC n. 641.877/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/3/2021).

V - Em complemento, necessário salientar que a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do Código de Processo Penal.

VI - Nas situações concretas, em tese, o próprio paciente deveria aceitar que a citação se desse por meio de sistema telemático - isso é o que supriria o aspecto da necessidade de prévia e espontânea adesão ao uso do aplicativo. No caso dos autos, tal anuência prévia não existiu.

VII - De outra forma, os parâmetros assentados por esta Quinta Turma, "das três formas de verificação", não foram obedecidos *in casu*, pois, deles, apenas o envio de documento por foto se fez presente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida PARCIALMENTE, de ofício, para anular a citação via Whatsapp, pela carência de comprovação da autenticidade do citando; com a ressalva de que a referida tecnologia ainda poderá ser novamente utilizada, respeitados os parâmetros fixados neste julgado, em consonância com o HC n. 641.877/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/3/2021.

(HC 679.962/PR, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 08/10/2021).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo a ordem de ofício** para anular a citação via *WhatsApp* diante da carência de comprovação da autenticidade do citando, sem prejuízo a renovação do ato de comunicação com respeito aos parâmetros legais e jurisprudenciais estabelecidos.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça e ao Juízo de 1º grau.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de março de 2022.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator