



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 459.824 - SP (2018/0177299-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : VILMO SERGIO CORREA FILHO E OUTRO
ADVOGADOS : RAFAEL NASCIMENTO CARIOLA - SP348935
VILMO SÉRGIO CORRÊA FILHO - SP348962
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIRO DE CASTRO DIAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TORTURA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. ACESSO A DADOS CONSTATE DOS CELULARES APREENDIDOS SEM ORDEM JUDICIAL. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. NULIDADE DA PROVA. BUSCA DOMICILIAR. PROVA DERIVADA RECONHECIDA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. NULIDADE. LEGALIDADE DO FLAGRANTE. APREENSÃO DE DROGAS E DINHEIRO QUANDO DA ABORDAGEM POLICIAL EM VIA PÚBLICA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. A suposta tortura sofrida pelo paciente não foi analisada pelo Tribunal de origem no julgamento do acórdão impugnado, o que impede o conhecimento da matéria por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Ademais, não consta dos autos a existência de prova pré-constituída de que o paciente tenha sido “espancado” pelos policiais durante a abordagem, sendo que a aferição de tais alegações demanda aprofundado revolvimento de conteúdo fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

3. Esta Corte Superior de Justiça considera ilícita o acesso aos dados do celular extraídos do aparelho celular apreendido em flagrante, quando ausente de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Precedentes.

4. A obtenção de fotos no celular do paciente se deu em violação de normas constitucionais e legais, a revelar a inadmissibilidade da prova, nos termos do art. 157, caput, do Código de Processo Penal – CPP, de forma que, devem ser desentranhadas dos autos, bem como aquelas derivadas. No caso, somente após a violação dos dados constantes no aparelho celular é que o paciente confirmou a posse de outra porção de entorpecentes em sua residência. Assim, inevitável a conclusão de que as provas apreendidas na residência do paciente são derivadas daquela obtida mediante a indevida violação da intimidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo, portanto, nulas por derivação.

5. Subsiste, contudo, a legalidade do flagrante decorrente da abordagem policial em via pública, em que foi apreendido dinheiro e cocaína embalada em pequenas porções.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para declarar a nulidade das provas obtidas nos aparelhos de celular vistoriados pela autoridade, sem ordem judicial, e daquelas obtidas quando da busca domiciliar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 09 de abril de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 459.824 - SP (2018/0177299-6)

IMPETRANTE : VILMO SERGIO CORREA FILHO E OUTRO
ADVOGADOS : RAFAEL NASCIMENTO CARIOLA - SP348935
VILMO SÉRGIO CORRÊA FILHO - SP348962
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIRO DE CASTRO DIAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de KAIRO DE CASTRO DIAS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi preso preventivamente e denunciado pela suposta prática do crime de tráfico de drogas.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem em acórdão assim ementado:

Habeas Corpus Liberdade provisória Paciente preso em flagrante por suposta infração ao artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

Ilegalidade na prisão em flagrante Inocorrência.

Revogação da prisão preventiva Existência do crime e indícios de autoria Decisão bem fundamentada - Presentes os requisitos do art. 312, CPP Garantia da ordem pública Desde que a permanência do réu em liberdade possa dar motivo a novos crimes ou cause repercussão danosa no meio social, cabe ao Juiz manter a custódia cautelar como garantia da ordem pública.

Inexistência de constrangimento ilegal.

Ordem denegada (fl. 39).

No presente *writ*, sustenta a nulidade do flagrante, uma vez que o paciente teria sido torturado quando da abordagem policial.

Aduz que são nulas as provas obtidas mediante ao acesso sem ordem judicial pelos policiais militares à fotos salvas no aparelho celular, bem como aquelas obtidas na busca residencial, uma vez que derivadas daquelas.

Requer, assim o relaxamento da prisão em flagrante a declaração de nulidade das provas obtidas ilicitamente.

Liminar indeferida às fls. 48/49.

Informações prestadas às fls. 55/69.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, conforme parecer de fls.71/74.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 459.824 - SP (2018/0177299-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Inicialmente, cumpre destacar que a suposta tortura sofrida pelo paciente não foi analisada pelo Tribunal de origem no julgamento do acórdão impugnado, o que impede o conhecimento da matéria por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Ademais, não consta dos autos a existência de prova pré-constituída de que o paciente foi “espancado” pelos policiais durante a abordagem, sendo que a aferição de tais alegações demanda aprofundado revolvimento de conteúdo fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

Por outro lado, esta Corte Superior de Justiça entende que em relação à quebra de sigilo das comunicações, é possível a utilização das provas dela obtidas, sendo consideradas lícitas para fins de incriminação no Direito Penal, desde que observadas as normas legais e desde que tenha havido prévia autorização judicial.

A questão a ser especificamente dirimida nestes autos consiste em saber se é lícita a prova obtida no aparelho celular do recorrente, **sem ordem judicial**, notadamente as fotografias do paciente com quantias em dinheiro e considerável volume de drogas.

Disciplina o art. 157 do Código de Processo Penal – CPP:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

*§ 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)*

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Ao que se tem, a lei considera inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, assim como aquelas originariamente lícitas, mas que derivam das ilícitas, devendo ser desentranhadas dos autos quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não puderem ser obtidas senão por meio daquelas.

No art. 186, do mesmo Diploma legal, consagrou-se o direito ao silêncio, *verbis*:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Busca-se desta forma coibir a colheita de provas ilícitas pelo Estado, que afetem de algum modo os direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e o sigilo das comunicações, à luz da garantia contra a autoincriminação.

Cuida-se do direito à liberdade, em que se busca a exclusão da culpabilidade do acusado, baseado no princípio *nemo tenetur se detegere*, que se constitui também em princípio fundamental do processo penal, no contexto da produção probatória, ex vi do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, que assegura ao cidadão o direito de não se autoincriminar ou de não fazer prova contra si mesmo, instituto já consagrado no Pacto de São José da Costa Rica, que foi internalizado no País por meio do Decreto n. 678/1992, sendo crucial para a construção de um sistema punitivo compatível com o Estado Democrático de Direito.

A Quinta Turma deste Tribunal já teve oportunidade de apreciar a questão do acesso a informações constantes de aparelho celular sem autorização judicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme se verifica dos precedentes a seguir transcritos:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO APONTADO. 2. ABORDAGEM EM FISCALIZAÇÃO DE ROTINA. DECLARAÇÕES PRÉVIAS E ESPONTÂNEAS DO CORRÉU. INTERVENÇÃO ATIVA. VISTORIA EM CARRO COM 90KG DE MACONHA. DESCOBERTA INEVITÁVEL. PREJUÍZO NÃO VERIFICADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 3. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA. CHAMADAS EFETUADAS E RECEBIDAS. FOTOS DOS CORRÉUS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. 4. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO EM PARTE.

1. O STJ, acompanhando posicionamento consolidado no STF, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo (RHC 67.730/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 04/05/2016). No caso em tela, o impetrante nem sequer apontou em que consistiria eventual prejuízo.

Destaque-se que a condenação, por si só, não pode ser considerada como o prejuízo, pois, para tanto, caberia ao recorrente demonstrar que a informação acerca do direito de permanecer em silêncio, acaso tivesse sido franqueada ao recorrente e aos corréus, ensejaria conduta diversa, que poderia conduzir à sua absolvição, situação que não se verifica os autos.

2. Os policiais militares realizavam fiscalização de rotina na rodovia, razão por que a realização de conferência de documentos e vistoria de veículos, bem como a entrevista dos motoristas e passageiros que ali transitavam constituíam condutas elementares.

Neste sentido, revela-se despropositado que, a toda abordagem policial, o agente estatal advirta acerca do direito constitucional ao silêncio, sob pena de torná-los todos em suspeitos de práticas delitivas. Ademais, o corréu, após perceber que seu veículo seria vistoriado, "admitiu informalmente aos policiais que transportava substância entorpecente no veículo". Portanto, diante da descoberta iminente e inevitável de 90kg de maconha escondidos no automóvel, o corréu decidiu falar espontaneamente, situação que não pode ser considerada como violadora do direito de não produzir provas contra si mesmo. De fato, "a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito" (HC 78708, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 09/03/1999).

3. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação ou de acesso a mensagens de texto armazenadas, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente. **De fato, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constantes dos aparelhos do recorrente e dos corréus, verificando-se a lista de chamadas efetuadas e recebidas, bem como a existência de fotos dos investigados juntos, sem prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP.**

4. Recurso em habeas corpus provido em parte, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados dos aparelhos telefônicos do recorrente e dos corréus, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos. (RHC 61.754/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 7/11/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PROVAS. OBTENÇÃO. DADOS CONSTANTES DE APARELHO CELULAR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA. APREENSÃO NO MOMENTO DO FLAGRANTE. ILICITUDE. DENÚNCIA. REJEIÇÃO.

1. **'A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ('WhatsApp'), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel.'** (HC 372.762/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

2. **No caso dos autos, verifica-se que os policiais militares responsáveis pela abordagem e prisão em flagrante do agente acessaram os registros telefônicos e o histórico de conversas via Whatsapp sem que houvesse prévia autorização judicial, o que revela a ilicitude da prova obtida com a medida.**

3. Não subsistindo outros elementos de prova autônomos e suficientes para determinar o prosseguimento da ação penal, deve ser mantida a decisão do Juízo de origem que rejeitou a denúncia.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.748.161/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 22/11/2018)

PROCESSO PENAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PROVAS EXTRAÍDAS DO APARELHO DE TELEFONIA MÓVEL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO TELEFÔNICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL NÃO EVIDENCIADAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO APLICÁVEL. LEI PENAL EM BRANCO HETERÓLOGA. SUBSTÂNCIA PSICOTRÓPICA ELENCADE NA PORTARIA 344/98 DA ANVISA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O entendimento perfilhado pela Corte a quo está em harmonia com a jurisprudência pacífica deste Tribunal, segundo a qual, sendo o crime de tráfico de drogas, nas modalidades guardar e ter em depósito, de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal. Ainda, a prisão em flagrante é possível enquanto não cessar a permanência, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes.

2. **Embora seja despicienda ordem judicial para a apreensão dos celulares, pois os réus encontravam-se em situação de flagrância, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática. 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. Precedente.**

3. O art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do sigilo telefônico, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais, devendo a mitigação de tal preceito, para fins de investigação ou instrução criminal, ser precedida de autorização judicial, em decisão motivada e emanada por juízo competente (Teoria do Juízo Aparente), sob pena de nulidade. Além disso, somente é admitida a quebra do sigilo quando houve indício razoável da autoria ou participação em infração penal; se a prova não puder ser obtida por outro meio disponível, em atendimento ao princípio da proibição de excesso; e se o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

4. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Precedentes).

5. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Mister se faz consignar que provas conclusivas acerca da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despedidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

6. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do writ. Precedentes.

7. Esta Corte Superior de Justiça há muito consolidou seu entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública, sendo o delito de perigo abstrato, afigurando-se irrelevante a quantidade de droga apreendida" (AgRg no REsp 1578209/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016).

8. O cloreto de etila está elencado como substância psicotrópica na Portaria n. 344/98 da ANVISA, cuja comercialização é defesa em todo o território nacional, tratando-se de droga para fins do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, norma penal em branco heteróloga.

9. Recurso parcialmente provido, tão somente para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos." (RHC 67.379/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2016)

De igual forma, no julgamento do RHC n. 51.531/RO, da lavra do em. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 5/9/2016, esta Corte teve a oportunidade de apreciar matéria semelhante, tendo considerado ilícito o acesso aos dados do celular e das conversas de *whatsapp* extraídas do aparelho celular da acusada, dada a ausência de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente.

Como se vê, o acórdão recorrido encontra-se em dissonância com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento desta Corte Superior de Justiça. A obtenção dos dados telefônicos do recorrente se deu em violação de normas constitucionais e legais, a revelar a inadmissibilidade da prova, nos termos do art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal – CPP, de forma que, devem ser desentranhadas dos autos, bem como aquelas derivadas, devendo o Magistrado de origem analisar a nexos de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

Todavia, não pode ser trancada a ação penal, mas somente excluída a prova ilícita. A propósito:

A corroborar a validade das demais provas contidas nos autos, e que dão sustentação à peça vestibular e ao édito repressivo, o § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, excepciona, em matéria de provas ilícitas, a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida. (HC 117.437/AP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 20/10/2011)

O acórdão impugnado, no que é corroborado pelo termo de depoimento do condutor do flagrante (fl. 15) traz o seguinte:

*Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante por suposta infração ao artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, pois, na data dos fatos, policiais militares em patrulhamento no bairro Tanquinho avistaram o veículo motocicleta de placa JIP 4371, com dois ocupantes, sendo o paciente o condutor do veículo e Luiz Fernando na garupa. Ao perceber a presença dos policiais, o paciente tentou desviar sua rota a fim de evitar uma possível abordagem. Porém, os policiais o seguiram e ao realizarem a abordagem encontraram a quantia de R\$ 1.550,00 em dinheiro. Com Luiz Fernando, foi encontrado, sob sua cueca, 13 cápsulas de cocaína e quantia de R\$ 104,00. **No aparelho celular do paciente foi verificada a existência de fotos de dinheiro e dois tijolos de maconha. Indagado, o paciente confessou guardar entorpecente em sua residência.** Em diligências no endereço do paciente foram localizados uma bolsa preta de nylon contendo R\$ 650,00 em dinheiro, um rolo de plástico transparente, uma faca e uma balança digital branca. Na geladeira da casa foram encontrados dois tijolos de maconha (fls. 41/43) (fl.39).*

Como visto, somente após a violação dos dados constantes no aparelho celular é que o paciente confirmou a posse de maior quantidade de entorpecente em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua residência. Assim, inevitável a conclusão de que as provas apreendidas na residência do paciente são derivadas daquela obtida mediante a indevida violação da intimidade, sendo, portanto, nulas por derivação.

Contudo, **subsiste a legalidade do flagrante decorrente da primeira abordagem policial, em que foi apreendido dinheiro e cocaína embalada para distribuição.**

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea a, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ, não conheço da presente impetração. Entretanto, concedo a ordem de *habeas corpus*, de ofício, apenas para declarar a nulidade das provas obtidas nos aparelhos de celular vistoriados pela autoridade, sem ordem judicial, e daquelas obtidas quando da busca domiciliar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0177299-6

HC 459.824 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007625120188260530 20180000499117 21167604201882600000 7625120188260530

EM MESA

JULGADO: 09/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VILMO SERGIO CORREA FILHO E OUTRO
ADVOGADOS : RAFAEL NASCIMENTO CARIOLA - SP348935
VILMO SÉRGIO CORRÊA FILHO - SP348962
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIRO DE CASTRO DIAS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.