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, 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