



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000098931

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2000533-61.2019.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é impetrante DIOGO DE PAULA PAPEL e Paciente L.A.S..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Concederam a ordem. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e NEWTON NEVES.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2019.

Leme Garcia

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16ª Câmara Criminal
HABEAS CORPUS n. 2000533-61.2019.8.26.0000
Comarca: BARRETOS
Impetrante: DIOGO DE PAULA PAPEL
Paciente: L.A.S.
Voto: 14208

Habeas Corpus. Pedido de nulidade da decisão que permitiu o acesso aos dados do celular do paciente por ausência de fundamentação. Ocorrência. Decisão que se limitou a deferir o pedido de quebra de sigilo dos dados e da comunicação do celular apreendido, sem que dela conste a devida fundamentação. Ofensa ao artigo 93, IX, da CF. Violação da intimidade caracterizada. Constrangimento ilegal verificado. Nulidade reconhecida. Ordem concedida.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Dr. Diogo de Paula Papel, advogado, em favor de L.A.S., sob a alegação de ilegal constrangimento por parte do D. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Barretos, que deferiu a quebra do sigilo das informações e comunicações armazenadas nos aparelhos de telefonia do paciente.

Pugna o impetrante, em suma, pela nulidade da referida decisão judicial que decretou a quebra do sigilo de informações e comunicações do aparelho celular do paciente, em razão da ausência de fundamentação (fls. 01/09).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O MM. Juiz da 2ª vara Criminal da Comarca de Barretos prestou informações (fls. 77/78).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Emerson Martins Alves, opinou pela denegação da ordem (fls. 102/106).

É, em síntese, o relatório.

A presente impetração comporta acolhimento.

O paciente foi preso em flagrante porque, no dia 25 de outubro de 2018, na cidade de Barretos, junto de Dennes Alexandre Iria Botan, portava e trazia consigo, para fins de tráfico, 15 porções de cocaína, com peso de 12,54g, e 10 porções de maconha, com peso de 9,05g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

O d. juízo *a quo*, em sede de audiência de custódia, atendendo a pedido do Ministério Público, deferiu a quebra do sigilo de informações e comunicações do aparelho celular apreendido com o paciente (fls. 69/71).

Inconformado, requer o impetrante a nulidade da decisão, em razão da ausência de fundamentação.

Assiste razão ao impetrante.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 51.531/RO, entendeu ser ilícita a obtenção de conteúdo de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aparelho celular, sem a devida a autorização judicial de seu proprietário, senão vejamos:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. PROCESSO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TRÁFICO DE DROGAS. EXTRAÇÃO DE FOTO DO APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS. DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. NULIDADE DA PROVA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. PRISÃO EM FLAGRANTE. FONTES INDEPENDENTES. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Conforme entendimento recentemente adotado no STJ, é ilícito, como regra, o acesso a dados mantidos em aparelho celular diretamente por autoridades policiais, sem prévia autorização judicial.

2. Hipótese em que não restou demonstrada nenhuma razão que justificasse, em caráter excepcional, o imediato acesso aos dados contidos no aparelho, restando desproporcionalmente restringidos os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade da titular do dispositivo (CF, art. 5º, X). Reconhecida a nulidade do acesso aos dados do celular, deve ser desconsiderada, como prova, a fotografia dele extraída.

3. A nulidade deve ser, em princípio, estendida às provas, supostamente lícitas e admissíveis, obtidas a partir daquela colhida de forma ilícita, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), de origem norte-americana, consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

4. A regra de exclusão (exclusionary rule) das provas derivadas das ilícitas comporta, na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, diversas exceções, tendo sido recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 157, §§ 1º e 2º do CPP, ao menos duas delas: a) fonte independente e b) descoberta inevitável. (...)”¹

No julgamento do paradigmático acórdão, entendeu o STJ que, no período atual, o aparelho celular deixou de ter função meramente comunicativa, servindo, também, como um depósito de inúmeros dados confidenciais da pessoa, como conversas, dados

¹ HC 378.374/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 30/03/2017



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

bancários, fotos, entre outros. Assim, por conter inúmeras informações íntimas da pessoa, merece maior proteção judicial.

4

Portanto, a teor da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se mostra necessária autorização judicial para que seja possível o acesso ao conteúdo do celular do agente, ainda que preso em flagrante.

Desse modo, durante audiência de custódia, atendendo a pedido do Ministério Público, o i. magistrado de origem determinou a quebra do sigilo de dados e de comunicações do celular apreendido com o paciente.

Contudo, como bem observado pelo impetrante, fazendo tábula rasa do artigo 93, IX, da Constituição Federal, o d. juízo *a quo*, ao deferir o pedido de quebra do sigilo dos dados e de comunicação do celular do paciente, limitou-se a pronunciar que "*Defiro a QUEBRA do SIGILO das informações e comunicações como aplicativos, fotografias e demais dados armazenados nos aparelhos de telefonia apreendidos nos autos.*" (fls. 70), evidenciando a completa falta de fundamentação do *decisum*.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos X, XI e XII², dispõe sobre a inviolabilidade dos direitos à privacidade e à intimidade do ser humano, possibilitando, em casos excepcionais e mediante ordem judicial, a mitigação dos referidos direitos.

² X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; ([Vide Lei nº 13.105, de 2015](#)) ([Vigência](#))

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; ([Vide Lei nº 9.296, de 1996](#))

5

Assim, ao simplesmente deferir o pedido formulado pelo Ministério Público, sem ao menos mencionar, ainda que de forma sucinta, os motivos que levaram a decretação da violação intimidade do paciente, direito fundamental protegido pela Constituição Federal, violou o i. magistrado a cláusula constitucional de proteção da intimidade do paciente, tornando nula sua decisão.

Nesse ponto, como bem elucidado pelo Min. Celso de Melo "**É preciso advertir que a quebra de sigilo não se pode converter em instrumento de devassa indiscriminada dos dados bancários, fiscais e/ou telefônicos, postos sob a esfera de proteção da cláusula constitucional que resguarda a intimidade (...) Não se pode desconsiderar, no exame dessa questão, que a cláusula de sigilo que protege os registros bancários, fiscais e telefônicos reflete uma expressiva projeção da garantia fundamental da intimidade da intimidade financeira das pessoas, em particular -, que não deve ser exposta, enquanto valor constitucional que é (...)**"³.

Ademais, a prisão em flagrante do paciente, ainda que durante ato típico de traficância, não pode ensejar, por si só, a possibilidade de violação de sua intimidade, sob pena de inobservância dos mandamentos constitucionais previstos nos artigos 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal.

Portanto, em respeito aos artigos 5º, inciso XII,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e 93, IX, da Constituição Federal, é o caso de anulação da r. decisão que determinou a quebra do sigilo de dados e de comunicação do

³ (MS 25668, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2006, DJ 04-08-2006 PP-00027 EMENT VOL-02240-03 PP-00410 RTJ VOL-00200-02 PP-00778 RCJ v. 20, n. 129, 2006, p. 55-66)

6

aparelho celular do paciente, em razão da completa ausência de fundamentação, bem como de todas as provas que dela derivarem.

Posto isso, pelo meu voto, concedo a ordem para reconhecer a nulidade da r. decisão que determinou a quebra do sigilo de dados e de comunicação do aparelho celular do paciente, em razão de ausência de fundamentação, bem como de todas as provas que dela derivarem, nos termos do artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal.

LEME GARCIA

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO