



Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/SP,

Feito nº 0007703-30.2018.8.26.0073.

Wellington Vinicius de Sousa, devidamente qualificado nos autos do **Recurso Extraordinário**, inconformado com a r. decisão proferida pelo nobre Desembargador Presidente da Seção Criminal do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, interpor, tempestivamente **AGRAVO** em face da r. decisão que negou seguimento ao **Recurso Extraordinário** interposto pelo Agravante, requerendo seja recebido e regularmente processado o presente recurso, encaminhando-o para superior instância, juntamente com a minuta de suas razões recursais.

Outrossim, requer o Agravante digne-se determinar o processamento do presente Agravo e, após resposta do Agravado, seja remetido ao Excelso Supremo Tribunal Federal.

Junta esta e razões aos autos,
pede deferimento.

De Avaré/SP para São Paulo/SP, 30 de setembro de 2021.

Pp.

Daniel Roberto de Souza
Advogado OAB/SP 289.297



Feito nº 0007703-30.2018.8.26.0073.

Recorrente: Welington Vinicius de Sousa.

Recorrida: Justiça Pública.

RAZÕES DE RECURSO

COLENDO TRIBUNAL,
EMINENTES MINISTROS,

1.0 - Da r. decisão agravada.

A r. decisão agravada negou seguimento ao recurso extraordinário, relatando que não houve a fundamentação hábil à admissão do aludido recurso, pois não preenchidos os requisitos legais e inexistindo prequestionamento relativo à matéria, incidindo inclusive as súmulas 279 e 284 do Excelso Supremo Tribunal Federal, além do que a suposta violação é reflexa e não direta à Carta Magna.

“Inicialmente, anoto que o Excelso Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT (Tema 660), consignou que **não possui repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa** quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

Outrossim, no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE (Tema 339), em sessão de julgamento realizada aos 23 de junho de 2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, reconheceu **a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido de que o artigo 93, IX, da Constituição Federal, exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame**



pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Assim, nego seguimento ao presente recurso extraordinário, nesses pontos, nos termos do artigo 1030, I, "a", do Código de Processo Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal.

No mais, não foi atendido o pressuposto objetivo da adequação, porquanto se pretende discutir também suposta ofensa a preceito infraconstitucional. (...)

De outra banda, o recurso extraordinário foi interposto **sem a fundamentação necessária**, apta a autorizar o seu processamento, consoante determina o artigo 1.029 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, não foi observada a exigência do prequestionamento, nos termos da **Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal**.(...)

Ante o exposto, **nego seguimento ao recurso extraordinário** no que concerne aos **temas 660 e 339, ambos do Colendo Supremo Tribunal Federal e, no mais, não preenchidos os requisitos exigidos, NÃO O ADMITO.**

Procedidas as anotações de praxe, devolvam-se os autos à origem". (...)

2.0 - Sinopse fática.

Nobres Julgadores, em 10/08/2019, o Ministério Público **denunciou o ora Recorrente Wellington como incurso nas regras dos artigos 33, "caput", e 35, "caput", ambos da Lei 11.343/2006, porque, no dia 15/02/2018, teria fornecido uma porção de "crack", pesando 4,83 g, ao corréu Gustavo**, para entrega a terceiros e ainda teria se associado ao corréu para a prática do delito de tráfico de drogas.

Os debates orais foram realizados e o H. Juízo sentenciante chamou os autos à conclusão, para prolação da r. sentença e absolveu o Recorrente, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal:

(...)

“Embora o laudo de fls. 70/93 contenha transcrição de mensagens entre os réus, possivelmente acerca de venda ou escambo de drogas, pelo aplicativo "facebook", é certo que a apreensão de drogas e a ligação entre os acusados não foi demonstrada de forma clara.

No boletim de ocorrência militar, os policiais relataram que em patrulhamento de rotina, avistaram um indivíduo que ao ver a viatura correu e deixou cair um aparelho celular e uma pedra de crack (fls. 10/12). No celular, o aplicativo de mensagens estava aberto e viram negociação de drogas com o réu Wellington que é conhecido nos meios policiais. Ele foi abordado mas nada foi localizado com ele, nem em revista pessoal nem na sua residência.

Em Juízo, o policial civil Marcelo relatou que iniciaram as investigações a partir da apreensão do aparelho celular do réu Gustavo. O aparelho teria sido encontrado pela polícia militar junto com uma porção de drogas.

No entanto, **o policial militar Paulo relatou em Juízo que o acusado Gustavo foi abordado em frente sua residência, sendo encontrado com o mesmo a droga em sua residência.**

Ele teria deixado os policiais acessarem seu aparelho celular e viram mensagens dele com o réu Wellington negociando drogas, já que ele dizia que a droga era do Wellington. Nisso Gustavo pediu para Wellington entregar mais drogas por mensagens diante dos policiais. Então os policiais foram ao encalço de Wellington, mas o mesmo foi abordado e nada de ilícito foi encontrado com o mesmo.

Com Wellington, em data posterior foi encontrado um cigarro de maconha parcialmente consumido em sua residência, em cumprimento de mandado de busca.



Verifico que as versões apresentadas são conflitantes e não se pode verificar o que realmente ocorreu, se o réu Gustavo correu e deixou para trás a droga ou se foi apreendida a droga em sua residência.

O réu Gustavo sequer foi apresentado pela polícia militar no dia da ocorrência, tão somente o réu Wellington, que por sua vez, não possuía nenhuma porção de droga naquele momento.

Nenhum dos dois foi preso em flagrante pela autoridade policial naquele dia.

Não se duvida que os réus possam mesmo se dedicar ao tráfico de drogas, até porque as mensagens descritas no laudo são típicas de troca ou venda de drogas. Porém, **as circunstâncias da apreensão da droga e do aparelho celular são nebulosas, não se sabendo ao certo o que ocorreu.**

Talvez por tantas abordagens, os policiais possam ter se confundindo, mas neste processo, os fatos precisariam ser melhor detalhados para possibilitar a condenação.

Sequer é possível a desclassificação já que a narrativa gerou dúvidas sobre as próprias apreensões de drogas.

No caso de dúvida, a absolvição é de rigor.

(...) (g.n.)

O DD. representante do Ministério Público interpôs o recurso de apelação com o intuito de reforma da r. sentença, a fim de que o pedido de condenação fosse acolhido.

Ao julgar o apelo da acusação, o E. Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso ministerial para condenar o Recorrente “WELLINGTON VINICIUS DE SOUSA às penas de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, também em regime inicial fechado, e pagamento de 1632 dias-multa, no mínimo legal, por infração ao disposto nos arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/2006”, nos termos da r. ementa:

“APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO Sentença absolutória Recurso ministerial Pretendida condenação dos acusados nos exatos termos dos memoriais Acolhimento Materialidade e autoria



delitivas suficientemente comprovadas no decorrer da instrução Negativas de autoria que restaram isoladas no conjunto probatório amalhado Depoimento de policiais Validade Pequenas divergências nos relatos das testemunhas que não tem o condão de infirmar a prova Associação para o tráfico Ocorrência Diligência policial, corroboradas por seguro conjunto probatório amalhado durante a instrução, que comprovam o vínculo associativo entre os acusados, para a prática do comércio ilícito de entorpecentes Condenação de rigor Dosimetria Gustavo Fixação da pena-base no mínimo legal Circunstâncias judiciais favoráveis ao agente – Reconhecimento da agravante da reincidência e da atenuante da menoridade relativa na segunda fase do cálculo, restando ambas compensadas Reincidência que afasta a aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas Wellington Pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes ostentados pelo agente Nova elevação na segunda etapa, decorrente da reincidência, que também obsta a aplicação do aludido redutor Ademais, manifesta incompatibilidade entre a condenação por associação para o tráfico e o reconhecimento do tráfico privilegiado Evidências de que os agentes se dedicavam à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à redução de pena Fixação do regime inicial fechado, que se revela o único cabível à espécie. Crime de tráfico equiparado a hediondo Gravidade concreta dos delitos cometidos pelos réus que determina o cumprimento da pena em regime mais gravoso, bem como desautoriza a concessão de quaisquer benesses legais. Recurso provido.”

Todavia, diante do provimento do recurso ministerial em destaque, **o Recorrente interpôs Embargos Declaratórios, com o fito do competente prequestionamento de questões de ordem federal e constitucional, que foram improvidos.**

Ocorre que houve violação literal ao disposto no **artigo 5º, incisos XIII (inviolabilidade da correspondência e comunicação), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), LVII (presunção de inocência), artigo 93, inciso**



IX (necessidade de fundamentação), da Constituição Federal, devendo ser reformado o v. acórdão nos termos adiante explicitados.

3.0 - Da admissibilidade do presente recurso: tempestividade, prequestionamento, repercussão geral da matéria e ofensa a dispositivos constitucionais.

Colenda Turma, conforme demonstrado exaustivamente nas razões de recurso extraordinário, o recurso merece ser admitido.

Com efeito, o recurso é **tempestivo**, pois interposto dentro do prazo legal.

Está preenchida a hipótese do art. 102, III, “a” da Constituição Federal porque foi **negada** vigência **artigo 5º, incisos XIII (inviolabilidade da correspondência e comunicação), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), LVII (presunção de inocência), artigo 93, inciso IX (necessidade de fundamentação), da Constituição Federal.**

Isto porque o v. acórdão guerreado considerou como válidas provas obtidas por meio ilícito e com isso condenou injustamente o Recorrente às penas dos delitos de tráfico e associação.

No tocante à admissibilidade recursal em matéria criminal, também já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal no sentido da desnecessidade de prequestionamento quando o caso impuser a concessão de *habeas corpus* de ofício (AI 409.055-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03.09.2002, unânime, DJ 27.09.2002, p. 5), o que pode ser perfeitamente aplicado no caso dos autos.

Oportuno ressaltar que o presente recurso trata de **matéria jurídica, e não fática**. Não se cuida de provar ou deixar de provar fatos ou circunstâncias, mas, estando estes já provados, cuida-se sim, de adequá-los ou não às situações previstas na norma.

Este questionamento não é fático, e sim jurídico, razão pela qual é perfeitamente possível fazê-lo em sede de Recurso Extraordinário.



Toda a matéria foi **debatida** no Tribunal de origem conforme se observa do acórdão. Preenchido, pois, o requisito do **prequestionamento**, inclusive pela oposição de embargos declaratórios.

É irrefragável a **repercussão geral** do presente recurso.

O renomado Luiz Guilherme Marinoni¹ ao tratar sobre o tema preleciona que:

“A fim de viabilizar a existência de repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador lançou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além dos interesses subjetivos das partes na causa. Tem de contribuir , em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral” (MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.)

No presente caso, encontram-se presentes tanto os elementos da relevância quanto da transcendência.

A relevância social se verifica uma vez que a decisão ora atacada viola direitos fundamentais do Recorrente, que teve seus direitos violados e, por isso, foi condenado injustamente e lhe foi aplicada pena desproporcional e em meio fechado.

Dessa forma, nota-se que a Recorrente não se encontra em situação isolada em nosso ordenamento jurídico, uma vez que muitos outros réus foram, são e poderão vir a ter seus direitos violados com anuência do Judiciário, o que gera um maior efeito na sociedade.

Ao ferir direitos fundamentais consagrados pela nossa Constituição Federal, abre-se precedente para que outros direitos de igual ou menor relevância sejam violados, gerando, deste modo, insegurança jurídica.



Da mesma forma, a transcendência se verifica, **devido ao fato de que se poderá vir a autorizar outras violações futuras a direitos individuais, sendo que a única forma de garantir a devida fundamentação da decisão judicial, nesse caso, se dá por meio de recurso extraordinário.**

Saliente-se que são diversas pessoas que se encontram na mesma situação, de modo que a sociedade como um todo será afetada pela decisão.

Frise-se que não houve pronunciamento do Excelso Supremo Tribunal Federal, devendo o presente recurso ser admitido e julgado, afetando com isso eventuais recursos que venham a ser interpostos.

Assim, é relevante que seja analisado o mérito do presente recurso, uma vez que estão comprovados todos os requisitos necessários à sua admissão.

4.0 - Da ofensa ao disposto no artigo 5º, incisos XI (inviolabilidade do domicílio), XIII (inviolabilidade da correspondência e comunicação), XLVI (princípio da individualização e proporcionalidade das penas), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), LVII (presunção de inocência), artigo 93, inciso IX (necessidade de fundamentação), da Constituição Federal.

Conforme consta das razões de recurso extraordinário, no caso em apreço, é imperiosa a declaração da nulidade da prova colhida nos autos, haja vista que se trata de hipótese clara de ilicitude da prova consistente na análise das mensagens de celular (*facebook*), colhidas sem a competente autorização judicial, o que representa afronta direta à Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a simples leitura do v. acórdão de fls. 594/627 é suficiente para sua constatação, cabendo ressaltar que a fundamentação utilizada é absolutamente ilegal e inconstitucional, desrespeitando frontalmente o artigo 93, IX, da Constituição Federal e a jurisprudência contemporânea dos Tribunais Superiores e principalmente deste Pretório Excelso, *in verbis*:

(...)“Na data dos fatos, Gustavo acabara de obter, junto a Wellington, a referida porção de crack, para revende-la, porém, quando deixava a residência deste, percebeu a aproximação de



Policiais Militares e tratou de fugir. Na fuga, todavia, acabou derrubando a substância entorpecente e seu celular, que foram apreendidos pelos militares.

Os agentes da lei não conseguiram alcançá-lo, mas, ao analisarem o aparelho telefônico encontrado, perceberam que havia mensagens trocadas entre ele e Wellington, nas quais um solicitava ao outro, 05 (cinco) gramas de crack e se dispunha a pagar uma dívida anterior, relacionada a repasse de drogas.

Mais tarde, os militares conseguiram abordar Wellington, sendo apreendido seu celular, da marca Samsung, modelo J2 Prime, cor preta, no qual estava registrada a conversa com Gustavo sobre o fornecimento do crack, para revenda.

(...)

E nem se argumente a ilicitude das provas obtidas através do acesso às mensagens telefônicas sem autorização judicial. Isso porque os policiais tiveram acesso tão somente a registros (mensagens) armazenados no aparelho celular de Gustavo, que foi apreendido após ser abandonado e desbloqueado, com o aplicativo de mensagens (messenger) aberto, e não à comunicação de dados.

Ora, de acordo com nosso ordenamento jurídico, a busca pessoal poderá ser realizada sempre que houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação, objetos falsificados ou contrafeitos, armas, munições, instrumentos utilizados na prática de crimes, enfim, qualquer objeto que possa auxiliar na investigação do crime ou que constitua corpo de delito está sujeito à apreensão.

E, como cediço, em diversas situações, o aparelho celular é utilizado como um instrumento para a prática de crimes,



notadamente para o tráfico de drogas, possibilitando a comunicação entre os traficantes e viabilizando o comércio ilícito. Por isso, pode-se afirmar que nessas situações, o aparelho celular constitui corpo de delito, sendo dever do Delegado de Polícia apreendê-lo e submetê-lo a exame pericial, onde serão constatados os vestígios do crime. Não há que se falar, nesses casos, em quebra de sigilo telefônico, uma vez que a verificação dos registros contidos no aparelho é feita de maneira direta, mediante procedimento legalmente previsto (busca e apreensão), independentemente de requerimento à empresa de telefonia responsável pela linha.

(...)

Ad argumentandum, cabe a seguinte indagação: se por acaso os dados eventualmente obtidos através da análise do aparelho celular estivessem anotados em um papel apreendido na posse do suspeito, haveria ilegalidade? Seguramente não, sobretudo porque a hipótese retrataria vestígios deixados pelo crime.

De se salientar que nenhum direito fundamental é absoluto. Aliás, a própria Constituição Federal excepcionou o direito à inviolabilidade domiciliar no caso de flagrante delito, sendo que o próprio direito à liberdade de locomoção sofre restrições nesses casos. Em sendo assim, por que um aparelho celular mereceria proteção diversa? Frente a isso, conclui-se que os aparelhos celulares apreendidos regularmente na posse de suspeitos de crime, como na hipótese dos autos, não só podem como devem ser submetidos ao exame pela autoridade competente por constituírem corpo de delito, nos termos dos arts. 6º, II e III e 158, do Código de Processo Penal, sendo prescindível, nesses casos, a autorização judicial. Agindo dessa forma, a autoridade policial estará zelando pela perfeita apuração dos fatos, resguardando as provas eventualmente existentes nesses aparelhos, possibilitando, assim, o correto exercício do jus puniendi estatal". (...)



Como se vê, Excelências, percebe-se que a **fundamentação apresenta incontáveis equívocos**, pois, num primeiro momento, **confirma que os militares acessaram o conteúdo das mensagens constantes do celular do Recorrente sem autorização judicial**, embora afirme que não tiveram acesso à “**comunicação de dados**”, sendo, com a devida permissão, ininteligível o argumento utilizado no *r. decisum*.

Ora, se policiais tiveram acesso às mensagens, por óbvio tiveram acesso à comunicação de dados.

Continuando, a fundamentação utilizada no v. acórdão recorrido faz uma comparação esdrúxula entre a devassa ao conteúdo de mensagens constantes do aparelho de celular apreendido e anotações em hipotético pedaço de papel.

Na visão do E. Tribunal de Justiça bandeirante, não há qualquer diferença entre devassar o conteúdo de mensagens constantes do aparelho celular protegidos constitucional e legalmente e ter acesso a um pedaço de papel com anotações quando de hipotético caso de flagrante delito.

Data maxima venia, tal fundamento sequer merecia ser combatido, pois manifestamente teratológico, sendo óbvio que a inviolabilidade das comunicações telefônicas e de dados (**cláusula constitucional com proteção legal**), não pode ser comparada ao acesso da polícia a um pedaço de papel com anotações quando em situação de flagrante delito.

O v. acórdão faz comparações entre a inviolabilidade domiciliar e a inviolabilidade das comunicações telefônicas, consignando que se no caso de flagrante delito há possibilidade de exceção à inviolabilidade domiciliar e o mesmo raciocínio deveria ser aplicado à inviolabilidade das comunicações telefônicas e de dados.

Entretanto, no caso da inviolabilidade domiciliar, há exceção expressa prevista na Carta Magna no tocante ao flagrante delito, exceção esta que não existe no tocante às comunicações telefônicas e de dados, que dependem de reserva jurisdicional.

Portanto, incide nesta hipótese lição fundamental de hermenêutica: as restrições aos direitos fundamentais devem ser interpretadas de forma restritiva, jamais de forma ampliativa.

É incontestável a lesão à inviolabilidade das comunicações telefônicas e de dados no presente caso, prevista no artigo 5º, XII, da Carta Magna e sabendo-se da dificuldade que existe na declaração da ilicitude de provas em processos de tráfico de drogas, cumpre fazer uma leitura direta do texto constitucional:

“Art. 5º, XIII, da CF: 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”.

A tutela possui, inclusive, caráter legal, consoante dispõe a Lei 9.296/96:

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

A norma constitucional inclui em seu âmbito de proteção, de acordo com a doutrina e jurisprudência, as mensagens de *whatsapp* ou facebook, porquanto são comunicações eletrônicas escritas instantâneas, equiparáveis às comunicações telefônicas:

Todavia, se imaginarmos uma forma de comunicação eletrônica escrita, que ocorra de maneira instantânea –como se dá com programas de computador como SMS, WhatsApp, MSN Messenger, Skype, entre outros –, em que o conteúdo da comunicação não permanecerá arquivado nos computadores, o regime de regência deverá ser o da comunicação de dados não armazenáveis, que admite interceptação da comunicação” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 8. Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020., p. 598).

Em resumo: as mensagens de *whatsapp facebook* são protegidas pela cláusula de reserva da jurisdição. Não é possível acessá-las sem autorização judicial.

Ressalte-se, ainda, ainda que esta interpretação deriva também da leitura do art. 3º, V, da Lei nº 9.472/97: “O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;”; e **artigo 7º da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet):** “O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;”

A narrativa fática do **policia militar Paulo Augusto de Souza**, ouvido em audiência, é assente no sentido de que o corréu Gustavo trocou mensagens na sua presença com o Recorrente Wellington em nítida negociação de entorpecente e concluiu a negociação e foi até o domicílio do Recorrido buscar a porção de droga apreendida nos autos (1 porção de crack= 5 g).

Vejamos a transcrição do trecho relevante extraído da gravação da audiência de instrução (16min21seg em diante):

“Defensor Público: Ele mostrou o celular para vocês e continuou conversando com o Wellington?”

PM Paulo: Sim, ele mostrou a conversa e começou a negociar, na nossa frente, para mostrar que estava pegando do Wellington. Ele falou, “olha, para você ver que não estou mentindo. Eu peguei com ele e estou negociando com ele.”, foi isso que aconteceu”. (g.n.)

Mesmo não tendo prendido em flagrante o corréu Gustavo, tratou de abordar o Recorrente Wellington em via pública, procedeu à busca pessoal, veicular e domiciliar, tudo sob o pretexto de que teria encontrado mensagens entre os acusados no aparelho telefônico desbloqueado de Gustavo.

O corréu Gustavo, por seu turno, nega que tivesse adquirido droga do Recorrente Wellington, o que restou confirmado pela negativa do último.

Não houve nos autos qualquer autorização expressa dos acusados para qualquer das medidas acima apontadas e inexistiu também qualquer ordem judicial nesse sentido.

De qualquer sorte, **os policiais não presenciaram a suposta “venda” de substância entorpecente ao corréu Gustavo** (a alegação é de que teriam visto mensagens no celular) e tampouco a qualquer outro usuário, tanto é que **a própria A. Policial não ratificou a voz de prisão em flagrante dirigida ao Recorrente**, ficando claro que a hipótese não admitiu o flagrante em qualquer das modalidades previstas no artigo 302, inciso II, do Código de Processo Penal.

A propósito oportuno trazer à baila, o que foi afirmado pelo Supremo Tribunal Federal em hipótese análoga à tratada nos autos:

“O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal” (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). (HC 99289 / RS - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Segunda Turma; DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011). (g.n.)

Assim, como já dito, nos termos do **artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal** “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”, de sorte que a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônica só é possível a partir de autorização do interlocutor ou mediante ordem do juiz competente, sob pena de malferimento àquela garantia constitucional.

No caso dos autos, não se tem a prova de que a diligência realizada pelos policiais tenha sido voluntariamente permitida por qualquer dos réus.

Ao inverso disto, a condição de fuga do corréu do local da abordagem demonstra que não consentiu com o acesso ao seu telefone móvel.

Logo, ainda que haja dúvida sobre tal circunstância, o que se admite apenas a título hipotética, deve-se reconhecer que a ausência de autorização (pessoal ou judicial) do acesso aos aparelhos de telefonia, promovido pelos policiais, que culminou com a prisão ilegal dos Recorrentes e posterior absolvição em primeiro grau, modificada mediante recurso ministerial pelo E. Tribunal de Justiça bandeirante, **revela a ilicitude da prova, determinando a nulidade da prisão em flagrante, da denúncia e do processo que nela se funda.**

Conforme dicção legal do artigo 157 do Código de Processo Penal:

“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 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.

A lei considera inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, com violação à Constituição Federal e às normas legais, bem 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 artigo 186 do diploma processual, consagra-se o direito ao silêncio, *in 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.

Objetiva-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.

Trata-se, pois, de direito à liberdade, em que se busca a exclusão da culpabilidade do acusado, baseado no princípio ***nemo tenetur se detegere***, que constitui princípio fundamento do processo penal, no contexto da produção probatório, sendo consectário da própria norma constitucional prevista no **artigo 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal, 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.

Sobre o assunto, oportuno mencionar o excelente magistério do saudoso **LUIZ FLÁVIO GOMES**:

“Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. São intoleráveis a fraude, a coação, física ou moral, a pressão, os artificalismos etc. Nada disso é válido para a obtenção da prova. A garantia de não declarar



contra si mesmo (que está contida no art. 14.3, g, do PIDCP, assim como no art. 8º, 2, g, da CADH) tem significado amplo. O não declarar deve ser entendido como qualquer tipo de manifestação (ativa) do agente, seja oral, documental, material etc.

.....
O cerne do direito de não auto-incriminação reside (fundamentalmente) numa inatividade (o réu tem direito de não falar, se falar, direito de não falar a verdade, direito de não confessar, de não apresentar prova contra ele, de não participar ativamente da produção de uma prova incriminatória etc.).

Isso explica porque o réu, quando ultrapassa esse campo da inatividade para ingressar numa atividade perturbadora da produção da prova, como é o caso da inovação do local dos fatos por exemplo (remoção de sangue do local, mudança do local do veículo etc.), já não mais se encontra amparado pelo princípio (garantia) da não auto-incriminação (podendo até ser responsabilizado criminalmente, pelo delito de fraude processual, por exemplo). A única manifestação ativa do direito de não auto-incriminação consiste no direito de declarar o inverídico. Nesse caso, o limite está na afetação de direitos de terceiros. O réu pode declarar o inverídico, mas não pode prejudicar terceiros. O sistema norte-americano vem sendo citado como exemplo dessa interpretação restritiva do direito de não auto-incriminação, sobretudo a partir da decisão da Suprema Corte, proferida no Caso *Schmerber vs. Califórnia*, em 1966. Por 5 votos a 4 a Corte delimitou o direito de não auto-incriminação às declarações comunicativas do réu, orais ou escritas.

Cuida-se de restrição que no nosso sistema seria inconstitucional e inconvencional, porque do direito ao silêncio, do direito de não declarar contra si mesmo e do direito de não confessar (CF, art. 5º, LXIII; CADH, art. 8º, 2, g; PIDCP, art. 14.3, g) fazem parte, implícita e naturalmente, todas as demais dimensões da não auto-incriminação, que tem seu núcleo essencial fundado em uma inatividade' (ou em uma atividade não

prejudicial a terceiros) (GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010).

O renomado WAGNER MARTELETO FILHO, em sua obra "O Direito à Não Autoincriminação: no Processo Penal Contemporâneo", traz comentários sobre a legitimidade das gravações ambientais e telefônicas clandestinas, os meios enganosos e violentos na produção da prova e as violações da garantia contra a autoincriminação, bem como no **tocante às provas ilícitas por derivação, segundo a teoria da árvore envenenada:**

(...)a) **Os meios enganosos e o nemo tenetur:** [...] as comunicações verbais do acusado, no recesso do lar, ou mesmo em espaços públicos, podem ser captadas **conduzindo a uma verdadeira autoincriminação mediante engano.**

Não se devem reduzir os objetivos da garantia à prevenção do emprego da violência física para a obtenção da confissão. **O investigado deve ser protegido de modo sensivelmente mais amplo, inclusive contra o emprego de meios enganosos, através dos quais se aproveita de seu erro ou ignorância para a obtenção da prova, com sua cooperação inconsciente.** Porém, essa conclusão se submete a matizações.

.....

Porém, no tocante a manifestações comunicativas do acusado, seja no âmbito da vida privada, seja nas relações públicas, há, tão somente, uma proteção prima facie no plano do nemo tenetur, que tem por objetivo evitar uma cooperação inconsciente ou involuntária para a produção da prova. Tal proteção prima facie, de estrutura normativa principiológica, pode ser restringida em situações excepcionais, desde que haja previsão legal, autorização judicial e observância estrita do princípio da proporcionalidade.

.....

As normas legais que disciplinam os meios enganosos estabelecem, licitamente, possíveis restrições à garantia contra a autoincriminação, em seu plano de proteção prima facie. Fora das



situações excepcionais regulamentadas pela lei e/ou ausente a proporcionalidade, os meios enganosos não podem ser legitimamente

empregados, **prevalecendo o direito à não auto-cooperação com a produção da prova** (tornando-se definitiva a proteção prima facie).

[...] Decorre, ainda, que **a coleta casual de provas, tendo por objeto outras informações em relação às quais o emprego de meios enganosos não se admitiria, deve ser classificada como inadmissível**, na medida em que a restrição da garantia só se faz legítima nos referidos casos excepcionais.

Dessa maneira, preservando-se o plano de proteção prima facie da garantia contra a autoincriminação, e admitindo-se as restrições decorrentes das intervenções legislativas, é possível alcançar a tão almejada zona de equilíbrio, sem o sacrifício da garantia fundamental e sem que se renuncie aos importantes meios probatórios, extremamente úteis e indispensáveis na repressão à criminalidade organizada;

b) Violações da Garantia no Plano do Princípio: [...] as restrições da garantia contra a autoincriminação, só não consistirão em verdadeiras violações, caso sejam autorizadas judicialmente e obsequiosas ao princípio da proporcionalidade.

O emprego de intervenção corporal coercitiva, por exemplo, sem autorização judicial, ou com inobservância do princípio da proporcionalidade, redundará na sanção de ineficácia da prova produzida. [...] qualquer intervenção corporal coercitiva é proibida no Brasil, ainda que resulte em lesão de ínfima monta no direito à integridade física. A prova recebe o rótulo da ilicitude por violação ao princípio da legalidade estrita e ao plano de proteção prima facie do nemo tenetur (direito de não cooperar, mesmo que passivamente, salvo por imposição legal constitucionalmente justificado);

c) Das provas ilícitas por derivação, segundo a teoria da árvore envenenada e sua relação com o nemo tenetur:



A proibição de utilização da prova ilícita vai além da exclusão da própria prova produzida com violação de direitos e garantias fundamentais. A discussão gira em torno do alcance da proibição, ou seja, sobre se esta abarca a prova mediata, e em que medida o faz.

Cuida-se do efeito à distância (Fernwinking) do direito alemão ou da doutrina dos frutos da árvore venenosa, do direito estadunidense.

Por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruit of the poisonous tree doctrine, na conhecida expressão do juiz norte-americano Frankfurter), **a prova derivada daquela obtida por meios ilícitos também é inadmissível, porquanto contaminada por ela.**

.....
É preciso reconhecer, contudo, que a teoria da descoberta inevitável flexibiliza demasiadamente as regras de proibição probatória, fragilizando o conteúdo ético que deve impregnar o direito processual penal, especialmente neste campo sensível. Através de um subjetivo e inseguro método hipotético-causal - que não pode levar a resultados certos, na medida em que fatos (supostos) não ocorreram -, abre-se o campo para a convalidação de provas obtidas ilegalmente, muitas vezes decorrentes de má conduta policial e que violaram direitos fundamentais do imputado.

No que se refere ao nemo tenetur, o tema ainda ganha maior relevância, uma vez que **a prova ilícita se obtém através de uma cooperação do acusado, que dele não se poderia legitimamente exigir, permitindo a coleta de uma prova lícita derivada**". (Marteleto Filho, Wagner; O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas; BH; Del Rey; 2012; págs. 197/200, 207, 208/210) (...)



Inclusive, Excelências, o Colendo Colendo Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de apreciar questão do acesso a informações constantes de aparelho celular sem autorização judicial:

“PROCESSO PENAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME 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 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 despidos 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).(g.n.)

Da mesma forma, oportuno citar o julgamento do RHC n. 51.531/RO, da lavra do E. Ministro **NEFI CORDEIRO**, SEXTA TURMA, DJe de 5/9/2016, no qual **o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de apreciar matéria semelhante ao caso aqui tratado, considerando ilícito o acesso aos dados do celular e das conversas de whatsapp extraídas do aparelho celular da acusada**, haja vista a inexistência 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. Leia-se:

(...)

Na perícia realizada, houve acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp obtidos sem ordem judicial.

No acesso aos dados do aparelho, tem-se devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Embora possível o acesso, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada:

(...)

Na conversas mantidas pelo programa whatsapp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se fetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial:

[...]

Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de whatsapp obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

Na oportunidade, o E. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ** proferiu o seguinte voto:

(...)

“Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e

recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Após baixados na memória do telefone, cabendo ressaltar que a maioria das empresas que disponibilizam tais funcionalidades não guardam os referidos arquivos em seus servidores.

Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea.

A partir desse panorama, a doutrina nomeia o chamado **direito probatório de terceira geração**, que trata de "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais", in verbis:

[...]

Por isso, **o precedente do HC n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante.**

Essa hipótese foi melhor analisada na jurisprudência comparada, mais recentemente, na experiência da Suprema Corte norte-americana no julgado Riley v. California.

V. Jurisprudência comparada (a experiência da Suprema Corte norte-americana – Riley v. California

(...)

O Chief Justice John Roberts, em nome da Corte, concluiu que um mandado é necessário para acessar o telefone celular de um cidadão na hipótese de prisão em flagrante, haja vista que "telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção". No original:

[...]



O tema é novo e, salvo o citado precedente do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já passados mais de 10 anos, é ainda sujeito a oscilações.

Por ora, e sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito, sigo o entendimento do eminente relator.

Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões a priori absolutas

Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, e com essas considerações finais, **acompanho o voto do relator e dou provimento** ao recurso ordinário em habeas corpus, para declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos". (g.n.)

A Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA também ponderou o seguinte:

(...)

Como bem observado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, o fato examinado naquele caso ocorreu no ano de 2004, quando os aparelhos celulares não detinham a capacidade funcional e de armazenamento atual, tendo sido verificadas, apenas, as ligações telefônicas recebidas pelo preso em flagrante.

Diante da evolução tecnológica pela qual tais aparelhos passaram, a jurisprudência de diversos países tem voltado a se debater sobre o tema, reconhecendo o alto grau de violação da intimidade inerente ao acesso aos dados neles armazenados.

Como mencionado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, a Suprema Corte dos EUA reconheceu recentemente (Riley vs. California, 573 U.S._2014) a necessidade de obtenção de uma ordem judicial prévia para que os policiais possam, após a realização de uma

prisão ou de uma busca e apreensão, acessar os dados mantidos em um aparelho celular.

O tema, porém, é ainda bastante controverso. Pouco após a prolação da referida decisão nos EUA, a Suprema Corte do Canadá, ao decidir *R. v. Fearon* (2014 SCC 77, [2014] S.C.R. 621), entendeu, por maioria de 4 votos a 3, pela legitimidade do acesso pela polícia aos dados armazenados em aparelho celular, sem a necessidade de prévia ordem judicial, quando realizado tal acesso na sequência de uma prisão em flagrante.

No caso concreto, dois homens – um deles armado com uma espingarda – roubaram uma comerciante enquanto ela transferia jóias para o seu carro, fugindo em seguida. No mesmo dia, mais tarde, policiais encontraram o veículo da fuga, prenderam os suspeitos e, ao revistar um deles, encontraram um aparelho celular em seu bolso.

Acessando imediatamente os dados constantes no aparelho, encontraram mensagens em que os suspeitos comunicavam que haviam realizado o roubo, bem como algumas fotos, inclusive da espingarda utilizada para a prática do crime. Um dia depois, com base em um mandado judicial de busca e apreensão para o exame do veículo, a espingarda, utilizada no roubo e retratada na foto, foi encontrada. Meses depois, as autoridades policiais requereram e obtiveram judicialmente a quebra do sigilo dos dados telefônicos, mas não foram encontradas novas evidências.

[...]

A referência à jurisprudência estrangeira tem o propósito de demonstrar que o tema objeto deste recurso, além de controverso, tem sido reexaminado judicialmente mundo afora, justamente em razão dos avanços tecnológicos que permitiram que os aparelhos celulares passassem a constituir verdadeiros depósitos da vida privada de seus proprietários.

O tema ainda suscitará muita discussão na jurisprudência brasileira. Para o caso concreto, penso que a solução proposta pelos Ministros Néli Cordeiro e Rogério Schietti Cruz se afigura como a mais adequada.

Destaco, a propósito, que a ponderação dos interesses constitucionais em jogo foi realizada, entre nós, essencialmente pelo legislador, que previu, em mais de um dispositivo, o direito à inviolabilidade dos dados armazenados em aparelhos celulares.

Com efeito, a Lei nº 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve, em seu artigo 3º, inciso V, que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito “à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas”.

Já a Lei nº 12.965/14, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê, em seu artigo 7º, III, dentre os direitos assegurados aos usuários da rede mundial, “a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”.

No caso concreto, as autoridades policiais acessaram fotos, imagens e conversas existentes em aplicativo de mensagens instantâneas (whatsapp) extraídas do aparelho celular do recorrente. Não se trata, portanto, de verificação de registros das últimas ligações realizadas/recebidas ou de nomes existentes em agenda telefônica, informações tipicamente encontradas nos aparelhos antigos – como nos mencionados casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal (HC 91867) e pelo Tribunal Supremo espanhol (Sentencia 115/2013, de 9 de maio de 2013) –, mas de acesso a dados mais profundamente vinculados à intimidade, somente passíveis de armazenamento nos modernos aparelhos multifuncionais.

(...)

Não se encontra no caso dos autos, entretanto, nenhum argumento que pudesse justificar a urgência, em caráter excepcional, no acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular. Pelo contrário, o que transparece é que não haveria prejuízo nenhum às investigações se o aparelho celular fosse imediatamente apreendido – medida perfeitamente válida, nos termos dos incisos II e III do artigo 6º do CPP – e, apenas posteriormente, em deferência ao direito fundamental à intimidade do investigado,

fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.

Com isso, seriam observados, em medida proporcional, os interesses constitucionais envolvidos, isto é, o direito difuso à segurança pública (artigo 144) e o direito fundamental à intimidade (artigo 5º, X).

Diante da situação concreta posta no presente recurso, para a validade da obtenção dos dados caberia às autoridades policiais realizar imediatamente a apreensão do aparelho e postular ao Poder Judiciário, subsequentemente, a quebra de sigilo dos dados armazenados no aparelho celular. Não tendo assim procedido, a prova foi obtida de modo inválido, devendo ser desentranhada dos autos, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, acompanho o Relator e **dou provimento** ao recurso. É como voto". (g.n.)

Portanto, não há dúvidas no sentido que nada de ilícito foi encontrado em poder do Recorrente e a prova da traficância foi obtida em flagrante violação a normas previstas em legislação federal e também na própria Carta Magna, sendo então inquestionável a ilicitude da diligência geradora de todas as demais provas, o que causa inevitavelmente, por derivação, o reconhecimento da imprestabilidade de todos os demais elementos de convicção que a partir dela se estabeleceram.

Ademais, não há que se cogitar que estamos diante de descoberta inevitável, pois este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se harmoniza com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da abordagem ilícita realizada pela autoridade policial, promovida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação.

Não podemos perder de vista, outrossim, que **qualquer tipo de prova em face do réu, que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente**, o que não ocorreu nos autos, pois **num primeiro momento existe a informação nos autos de que o corréu teria empreendido fuga do local e, num segundo momento, teria feito um telefonema ao Recorrente.**

Vejamos novamente e de forma exaustiva a transcrição de relevante trecho, extraído da gravação da audiência de instrução (16min21seg em diante):

“Defensor Público: Ele mostrou o celular para vocês e continuou conversando com o Wellington?”

PM Paulo: Sim, ele mostrou a conversa e começou a negociar, na nossa frente, para mostrar que estava pegando do Wellington. Ele falou, “olha, para você ver que não estou mentindo. Eu peguei com ele e estou negociando com ele.”, foi isso que aconteceu”. (g.n.)

Destarte, trata-se de situação onde a prova está contaminada e, diante do disposto na essência da **teoria dos frutos da árvore envenenada** (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódia de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

Dessa forma, **sem o consentimento do réu ou prévia autorização judicial**, por óbvio é **ilícita a prova colhida** de forma coercitiva pela polícia de suposta conversa travada pelo corréu com o Recorrente em telefone celular, bem como de **eventuais mensagens obtidas através dos aplicativos constantes dos telefones celulares (whatsapp e facebook)**, razão pela qual requer o conhecimento e o provimento do presente recurso extraordinário, para declarar a absolvição do Recorrente fundamentada ilegalmente em prova ilícita, **em homenagem ao disposto no artigo 5º, incisos XIII (inviolabilidade da correspondência e comunicação), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), LVII (presunção de inocência), artigo 93, inciso IX (necessidade de fundamentação), da Constituição Federal.**

5.0 - Do flagrante preparado - Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal - ilicitude que macula toda a persecução penal – ausência de crime e violação aos incisos XI, do artigo 5º (inviolabilidade do domicílio) LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), LVII (presunção de inocência) e artigo 93, inciso IX (necessidade de fundamentação), da Constituição Federal.

Cuidam-se os autos de suposto **flagrante preparado**, em virtude da incidência do exposto na **Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal**, a saber: *“não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”*.

Trata-se, pois, de **crime impossível**, conforme preconizado no **artigo 17 do Código Penal**, motivo pelo qual “concessa venia”, negou-se vigência ao referido dispositivo penal.

Como sabido, o **flagrante preparado ou provocado** é definido pela doutrina como aquele em que ocorre a prisão de alguém, tendo havido um agente provocador da prática do crime, normalmente integrante da própria polícia, que induziu ou instigou o autor a cometer o delito, justamente para poder prendê-lo. Em suma, flagrante preparado é o flagrante por obra de agente provocador. O agente provocador induz o indivíduo a cometer um crime, para prendê-lo em flagrante delito, o que representa verdadeira hipótese de crime impossível.

In casu, o policial militar Paulo Augusto de Souza, ouvido em audiência, em suma, declarou que o corréu Gustavo trocou mensagens na sua presença com o Recorrido Wellington em nítida negociação de entorpecente e concluiu a negociação e foi até o domicílio do Recorrido buscar a porção de droga apreendida nos autos (1 porção de crack= 5 g).

Vejamos, mais uma vez, a transcrição do relevante trecho extraído da gravação da audiência de instrução (16min21seg em diante - [link](#) da audiência, fls. 499):

“Defensor Público: Ele mostrou o celular para vocês e continuou conversando com o Wellington?”

PM Paulo: Sim, ele mostrou a conversa e começou a negociar, na nossa frente, para mostrar que estava pegando do Wellington. Ele falou, “olha, para você ver que não estou mentindo. Eu peguei com ele e estou negociando com ele.”, foi isso que aconteceu”. (g.n.)

Após, mesmo não tendo prendido em flagrante o corréu Gustavo, o policial tratou de abordar o Recorrente Wellington em via pública, procedeu à busca pessoal, veicular e domiciliar, tudo sob o pretexto de que teria encontrado mensagens entre os acusados no aparelho telefônico desbloqueado de Gustavo.

O corréu Gustavo, por seu turno, nega que tivesse adquirido droga do Recorrente Wellington, o que restou confirmado pela negativa do último.

Não houve nos autos qualquer autorização expressa dos acusados para qualquer das medidas acima apontadas e inexistiu também qualquer ordem judicial nesse sentido.

De qualquer sorte, **os policiais não presenciaram a suposta “venda” de substância entorpecente ao corréu Gustavo** (a alegação é de que teriam visto mensagens no celular) e tampouco

a qualquer outro usuário, tanto é que **a própria A. Policial não ratificou a voz de prisão em flagrante dirigida ao Recorrente**, ficando claro que a hipótese não admitiu o flagrante em qualquer das modalidades previstas no artigo 302, inciso II, do Código de Processo Penal.

O inciso XI, do artigo 5º da Carta Magna dispõe: *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*". (g.n.)

Como se vê, **não havia qualquer situação contida na Carta Magna que autorizasse a entrada da força policial na residência do indivíduo e também não se encontrava presente a situação abarcada pelos artigos 241 e 245, ambos do diploma processual penal.**

Portanto, evidente a **ilicitude da prova** obtida com a **realização da apreensão e perícia nos aparelhos telefônicos dos acusados**, situação esta também encontrada na busca domiciliar, residencial e pessoal, razão por que é imperioso o conhecimento e o provimento do presente recurso, determinando-se o seu **desentranhamento dos autos e de todas as demais provas que dela resultaram, absolvendo-se o Recorrente, em homenagem aos princípios constitucionais supracitados.**

A corroborar o exposto acima, urge trazer à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL PENAL. HC. CARTEL E QUADRILHA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO APÓS DELAÇÕES ANÔNIMAS, SEM PRÉVIA CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE. SUBMISSÃO DE TODOS OS AGENTES ESTATAIS ÀS NORMAS E PRINCÍPIOS REITORES DO SISTEMA REPRESSIVO. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: CORTE ESPECIAL E PRESIDÊNCIA DO STJ E STF. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, TODAVIA, PARA O FIM DE DECLARAR A ILICITUDE DA PROVA ORIUNDA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEFERIDA COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA E DAQUELAS DIRETAMENTE DERIVADAS, SEM PREJUÍZO DA CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL SE EXISTENTES OUTRAS PROVAS. 1. **O sistema jurídico do País, composto de múltiplos princípios e inúmeras regras, exegeticamente**



harmonizados na Jurisprudência dos Tribunais e interpretados nas lições da Doutrina Jurídica, não admite que se instaure a persecução penal, na sua fase inquisitorial ou na sua fase processual, a partir de delações anônimas, ex vi do art. 5º, IV da Carta Magna. Precedentes das Cortes Superiores: Corte Especial/STJ: AgReg na Sind 100-TO, Rel. Min. NILSON NAVES, DJU 30.03.09; QO na Sind 81-SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJU 28.08.06; Presidência/STJ: HC 159.159-DF, Rel. Min. CESAR ROCHA, DJU 20.05.10; STF: INQ 1.957, Rel. Min. CÉZAR PELUSO, DJU 11.11.05 e HC 84.827/TO, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO, DJe 22.11.07. 2. Todos os agentes estatais estão submetidos aos limites que a ordem jurídica lhes impõe, não havendo situação que possa isentar qualquer deles de tal subordinação; os valores acolhidos superiormente no Texto Constitucional não podem ser excepcionados, nem pela atividade normativa do Congresso, nem pela atuação do Poder Judiciário, dada a sua função estruturante do ordenamento, a lhe conferir estabilidade e eficácia, bem como em razão da supremacia dos dispositivos insertos na Lex Legum. 3. **A regra insculpida na Constituição é de que a correspondência, as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas são protegidas pelo sigilo** (art. 5º., XII da CF). A violação do sigilo telefônico é admitida pela norma constitucional, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que a decisão que a determine seja fundamentada (art. 5º. da Lei 9.296/96) e, mais ainda, que tenham sido esgotados ou que inexistam outros meios de obtenção de prova, conforme se depreende da Lei 9.296/96 que regulamentou a matéria, que, no inciso II do art. 2º, afirma, categoricamente que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios. 4. **É indispensável, assim, nos termos da norma constitucional e da norma legal que a regulamentou, a identificação clara e precisa dos indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, e a demonstração de que somente por meio dessa medida extrema se poderá apurar o ilícito penal sob investigação;**



dessa forma, a sistemática do **nosso ordenamento jurídico constitucional não permite a movimentação de aparato investigatório oficial, seja ele qual for, sem um mínimo de prova, não sendo mesmo razoável que aqueles indícios de autoria possam ser recolhidos a partir somente de uma denúncia apoiada no anonimato do denunciante, sem o apoio de outros elementos probatórios mais densos, robustos e, principalmente, confiáveis.** 5. No caso concreto, muito embora se tente emprestar ares de legalidade à medida de quebra de sigilo telefônico, ao argumento de que ela não derivou exclusivamente da denúncia anônima feita à Secretaria de Direito Econômico, mas também restou embasada nos procedimentos administrativos em curso perante esse órgão contra as empresas fabricantes e comercializadoras de gás industrial, o fato é que o Inquérito Policial e o pedido de interceptação telefônica somente foram formalizados após o recebimento das referidas denúncias apócrifas (feitas em 19 e 22.12.2003), que gerou imediata solicitação por parte da SEDE da providência de quebra do sigilo telefônico (22.12.2003), pedido este acatado incontinenti pelo Ministério Público na mesma data, sem a realização de qualquer outro ato investigativo ou de prospecção para a aferição da sua idoneidade, condutas essas abonadas pelo Juízo que, imediatamente, deferiu a medida requerida, já no dia seguinte, ou seja, em 23.12.2003. 6. **Ordem concedida, para o fim de declarar a ilicitude da prova oriunda da interceptação telefônica deferida com base em denúncia anônima e daquelas derivadas diretamente, sem prejuízo da continuidade da Ação Penal se existentes outras provas**” (HC 190.334/SP, Rel. Ministro NAPOLEAO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 09/06/2011). (g.n.)

“HABEAS CORPUS. DENÚNCIA ANÔNIMA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. MEDIDA DETERMINADA EXCLUSIVAMENTE COM BASE NA INFORMAÇÃO APÓCRIFA. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES NAO REALIZADAS. PACIENTE



DENUNCIADO E CONDENADO COMO INCURSO NO ART. 37 DA LEI Nº 11.343/06.CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 5º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Conforme entendimento desta Corte Superior de Justiça, em razão da vedação constitucional ao anonimato, as informações de autoria desconhecida não podem servir, por si sós, para embasar a interceptação telefônica, a instauração de inquérito policial ou a deflagração de processo criminal. Admite-se apenas que tais notícias levem à realização de investigações preliminares pelos órgãos competentes. 2. Hipótese em que a notícia anônima foi o único dado que serviu para embasar a interceptação telefônica do paciente. O teor das conversas obtidas em dois dias de quebra de sigilo resultou na prisão cautelar do paciente, na denúncia e na condenação por crime outro que não o objeto inicial da investigação. 3. A mera juntada aos autos dos dados pessoais do paciente, notadamente os constantes no banco de dados do Departamento Nacional de Trânsito, não satisfaz a exigência de investigação preliminar para fins de quebra do sigilo telefônico baseada em informação anônima. 4. A interceptação telefônica fundada exclusivamente em denúncia anônima é absolutamente nula, em razão da vedação constitucional ao anonimato, consubstanciada no art. 5º, IV, da Carta Magna. 5. Ordem concedida para declarar nula a prova resultante da interceptação telefônica, com a consequente anulação da sentença condenatória. Afastada a prova ilícita, deve o magistrado singular proferir nova sentença, garantindo-se ao paciente o direito de aguardar em liberdade, se por outro motivo não estiver preso” (HC 94.546/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 07/02/2011). (g.n.)

Em razão da consagração do **princípio da presunção de inocência**, o **ônus probatório no processo penal é exclusivo da acusação e, no caso em tela, o Parquet não se desincumbiu de seu ônus**, havendo infringência, portanto, ao artigo 156 do diploma processual penal, de modo que a absolvição é medida que se impõe.

Com efeito, em análise à instrução processual, verifica-se que, ao contrário do glorioso entendimento externado pelo E. Tribunal de Justiça bandeirante, a **absolvição é medida da mais lúdima Justiça**, uma vez que **os elementos de informação frágeis colhidos na fase policial não se transmudaram em Juízo**, tornando-se, portanto, provas, que **não afastaram a dúvida razoável** e, conseqüentemente, **não autorizam a manutenção do decreto condenatório**.

Com efeito, o crime de tráfico de drogas, inserto no artigo 33, *caput* da Lei 11.343/06, consiste em tipo misto de conteúdo variado ou ação múltipla. Consuma-se, pois, com a prática de qualquer uma das condutas identificadas no núcleo do tipo, e, na hipótese, o crime foi deflagrado ao menos pelo verbo “trazer consigo” (*verbis*).

A conduta inserida nos verbos contidos no dispositivo legal em referência exige dolo, que é sempre genérico (cf. Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi, Lei de Drogas Anotada, 1ª ed., Saraiva, 2007, art. 33, nº 4, pág. 81; RTJ, 149/521; RT, 727/478, 747/642, 750/590, 789/536, 793/576, 793/727, 807/597, 810/578 e 831/614).

Trata-se, pois, de texto congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir **não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento**.

In casu, **o conjunto probatório amealhado aos autos é totalmente inseguro a demonstrar que o Recorrente tenha praticado qualquer uma das condutas descritas no núcleo do tipo penal, especialmente que tenha fornecido ao corréu Gustavo a porção de “crack” apreendida nos autos (5 gramas)**.

Com efeito, no caso dos autos, **a acusação em momento algum trouxe prova cabal do delito de tráfico, deixando de colacionar ao feito elementos suficientes que permitam concluir que a porção foi fornecida pelo Recorrente ao corréu e que a própria destinação do entorpecente supostamente localizado com este visava ao fornecimento de terceiros**. Vejamos a prova oral:

O policial militar **Paulo Augusto de Souza**, ao ser inquirido em Juízo, disse que, em patrulhamento de rotina, avistaram o corréu Gustavo. **Este trocou mensagens telefônicas com o Recorrido Wellington e concluiu toda a negociação de droga na presença dos militares. Após, o entorpecente foi fornecido por Wellington a Gustavo**. Alega que no celular, havia mensagens



trocadas entre Wellington e Gustavo sobre encomenda de uma pedra de crack. Posteriormente, localizaram Wellington. Feita busca pessoal e em seu veículo nada de ilícito foi encontrado. Em seu celular havia parte da conversa com Gustavo, aparentando que o restante havia sido apagado. Dirigiram-se até a residência de Wellington e, encetada busca, nada de ilícito foi localizado. Deram voz de prisão ao Recorrido Wellington e o conduziram ao plantão policial e não se recorda se ele foi liberado pela A. Policial. Na data dos fatos não havia nenhuma denúncia envolvendo os acusados e também não foi realizada nenhuma campana nas proximidades dos imóveis de ambos (gravação audiovisual).

O policial civil **Marcelo Carlos de Oliveira**, ao ser inquirido, disse que Wellington e Gustavo são conhecidos nos meios policiais pela prática de tráfico. Nos telefones de ambos, foram localizadas conversas sobre tráfico de drogas (gravação audiovisual).

In casu, restou evidenciado à sociedade que o ora Recorrente não forneceu a porção de crack ao corréu Gustavo e, ainda que isso tivesse ocorrido, não há prova concreta no sentido de que essa porção realmente seria destinada ao fornecimento a terceiro, ou se ambos os acusados consumiriam o entorpecente e somente assim não fizeram, em razão da presença da polícia militar no local.

Aliás, ambos confirmaram, em audiência, que já realizaram o uso compartilhado de entorpecentes em outras oportunidades.

A dúvida, portanto, socorre o Recorrente.

As mensagens localizadas no celular de ambos os acusados não demonstram que ambos eram traficantes e tampouco que estivessem associados e, como exposto no tópico anterior, a prova foi, em tese, **obtida por meio ilícito**, como narrado em audiência pelo próprio **policial militar, que supervisionou a suposta negociação de drogas entre ambos**, o que também tornaria impossível a ocorrência do delito, motivo pelo qual **deve ser desentranhada dos autos**.

Os elementos de informação colhidos na fase policial, confirmados pela prova produzida sob o crivo do contraditório, dão conta de que os policiais faziam **patrulhamento de rotina**, ou seja, **não estavam no local para apurar qualquer denúncia** relativa a tráfico de drogas envolvendo os réus.

E pasmem, Excelências, **policiais realizaram buscas no domicílio do Recorrente Wellington em duas oportunidades distintas**.



No dia **15/02/2018**, oportunidade em que o corréu Gustavo teria supostamente se evadido dos policiais e nesta primeira data não encontraram nenhum objeto ilícito.

No dia **28/03/2018**, oportunidade em que localizaram um **cigarro de maconha parcialmente consumido** (fl. 48).

Se realmente o Recorrente fosse traficante, teriam sido localizados quaisquer objetos relacionados ao tráfico de drogas, como anotações relativas à contabilidade da espúria atividade, rádio-comunicador ou aparelhos telefônicos, balança de precisão ou até mesmo materiais utilizados para a embalagem ou fracionamento de entorpecentes (invólucro plástico ou instrumento cortante), ou ainda qualquer importância em dinheiro.

Mesmo diante de todas as evidências que levam inarredavelmente à absolvição, o v. acórdão guerreado entendeu equivocadamente pela condenação (fls. 594/627):

“Lado outro, a contundente prova acusatória, formada pelas provas oral e pericial coligidas no decorrer da instrução, bem como pela apreensão de significativa quantidade de droga (crack), indubitavelmente destinada à mercancia ilícita, sustentam firmemente a pretensão punitiva estatal.

(...)

Nesse passo, a diligência policial, a apreensão de entorpecente em poder de Gustavo e as trocas de mensagens entre ele e Wellington, relativas à mercancia ilícita são evidências não apenas do tráfico desenvolvido pelos apelados, como também da associação para o exercício da atividade criminosa.

(...)

Cabe registrar que, malgrado a natureza da substância apreendida (crack), sabidamente de alto poder nocivo, a quantidade (4,5 gramas fls. 13) não autoriza, por si só, a elevação da sanção inicial.



Ora, Excelências, as contradições no v. acórdão são gritantes.

Inicialmente, destaca o r. decreto que a apreensão de significativa quantidade de droga sustenta firmemente a pretensão punitiva estatal, mas frise-se: foram apreendidos 4,5g de crack.

Posteriormente, afirma contraditoriamente que a quantidade apreendida, por óbvio, não autoriza, por si só, a elevação da pena base.

Ora, E. Ministros, a ínfima quantidade de entorpecente autoriza o enquadramento da conduta no tipo penal de tráfico de entorpecentes, mas não autoriza a elevação da pena-base.

Ademais, sustenta a condenação do Recorrente em prova ilegal oriunda do acesso da polícia militar ao conteúdo das mensagens constantes do celular do Recorrente sem autorização judicial, ou sequer sua autorização.

Anote-se que não se trata de revolvimento de matéria fática, mas sim reavaliação das provas produzidas, o que é admitido inclusive em sede do *habeas corpus*, conforme mansa jurisprudência dos Tribunais Superiores.

É sabido que o processo penal brasileiro é estruturado com base na presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), que consiste em um princípio fundamental de civilidade.

O princípio tem dupla acepção, impondo uma regra de: i) tratamento, que exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal; e ii) juízo, que impõe o ônus da prova à acusação além da absolvição em caso de dúvida.

No caso concreto, faltam provas da autoria delitiva, notadamente por conta das mais diversas contradições dos depoimentos dos policiais em juízo, as quais foram bem reconhecidas na r. sentença absolutória de primeiro grau:

“No boletim de ocorrência militar, os policiais relataram que em patrulhamento de rotina, avistaram um indivíduo que ao ver a viatura correu e deixou cair um aparelho celular e uma pedra de crack (fls. 10/12).No celular, o aplicativo de mensagens estava aberto e viram negociação de drogas com o réu Wellington que é



conhecido nos meios policiais. Ele foi abordado mas nada foi localizado com ele, nem em revista pessoal nem na sua residência.

Em Juízo, o policial civil Marcelo relatou que iniciaram as investigações a partir da apreensão do aparelho celular do réu Gustavo. O aparelho teria sido encontrado pela polícia militar junto com uma porção de drogas.

No entanto, o policial militar Paulo relatou em Juízo que o acusado Gustavo foi abordado em frente sua residência, sendo encontrado com o mesmo a droga em sua residência. Ele teria deixado os policiais acessarem seu aparelho celular e viram mensagens dele com o réu Wellington negociando drogas, já que ele dizia que a droga era do Wellington. Nisso Gustavo pediu para Wellington entregar mais drogas por mensagens diante dos policiais. Então os policiais foram ao encalço de Wellington, mas o mesmo foi abordado e nada de ilícito foi encontrado como mesmo.

Com Wellington, em data posterior foi encontrado um cigarro de maconha parcialmente consumido em sua residência, em cumprimento de mandado de busca.

Verifico que as versões apresentadas são conflitantes e não se pode verificar o que realmente ocorreu, se o réu Gustavo correu e deixou para trás a droga ou se foi apreendida a droga em sua residência. O réu Gustavo sequer foi apresentado pela polícia militar no dia da ocorrência, tão somente o réu Wellington, que por sua vez, não possuía nenhuma porção de droga naquele momento. Nenhum dos dois foi preso em flagrante pela autoridade policial naquele dia.

(...)

Talvez por tantas abordagens, os policiais possam ter se confundido, mas neste processo, os fatos precisariam ser melhor



detalhados para possibilitar a condenação. Sequer é possível a desclassificação já que a narrativa gerou dúvidas sobre as próprias apreensões de drogas”. (...)

O próprio acórdão reconhece as contradições – gritantes – mas entende que estas, quando praticadas por policiais militares, são irrelevantes, destacando, ainda, que os policiais militares depuseram em juízo mais de dois anos após os fatos:

(...)“Assim, importante anotar que pequenas divergências nos depoimentos dos policiais não tem o condão de infirmar a prova acusatória e devem ser consideradas fruto da observação de cada indivíduo e resultado do decurso de tempo entre os fatos e os relatos prestados em juízo (mais de dois anos), não olvidando, ainda, as inúmeras ocorrências similares que atendem diariamente”. (...)

Há que se ressaltar, ainda, que a condenação se baseou exclusivamente na suposta mensagem ilegal onde o corréu Gustavo teria solicitado 5 gramas de crack para seu consumo ao Recorrente, o que ensejaria, no máximo, a capitulação no artigo 28 da Lei de Drogas.

Ora, sequer a mensagem utilizada como fundamento para a condenação é suficiente para tal, eis que não demonstrado que o Recorrente e tampouco o corréu são traficantes de drogas, mas sim mero usuário e, como dito no interrogatório do Recorrente, já fez uso compartilhado de droga com o corréu Gustavo.

A contradição é tão gritante que, no que pese o policial militar em juízo ter declarado que encontrou a pedra de crack na residência de GUSTAVO, este sequer foi conduzido ao Plantão Policial, não tendo sido preso em flagrante, conforme reconhece o próprio acórdão:

“Tampouco há que se falar em flagrante preparado, já que não houve prisão em flagrante”.

Se teria sido encontrada droga na residência do Recorrente, conforme informado pelo policial militar em juízo, por qual motivo não teria sequer sido conduzido à delegacia? Tampouco o corréu foi preso em flagrante, de forma que as contradições se mostram insuperáveis nos autos.

Outrossim, a versão da fase investigativa de que o Recorrente teria corrido e curiosamente deixado cair exatamente o celular e uma pedra de crack não é crível à luz do bom senso e em respeito à inteligência alheia.

Contudo, em não sendo este o posicionamento deste E. Tribunal, o que se admite apenas a título hipotético, **requer seja a desclassificação operada em face do crime previsto no artigo 33, parágrafo 3º, do referido diploma legal**, pois existe possibilidade, em tese, dos réus fazerem uso compartilhado da droga, tanto é que já fizeram isso em outras oportunidades, como por eles admitido em seus interrogatórios.

Assim, evidente que o Recorrente merece ser absolvido, em homenagem à redação contida no artigo 156, inciso I, do diploma processual penal e, caso não seja este o entendimento da Colenda Turma, como sabido, o legislador criou um tipo penal especial, denominado “tráfico privilegiado”, previsto no artigo 33, § 3º da Lei nº 11.343/2006, cuja conduta consiste em: “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem”.

Segundo o magistério do renomado Guilherme de Souza Nucci:

“O tipo penal inédito teve por finalidade abrandar a punição daquele que fornece substância entorpecente a um amigo, em qualquer lugar onde pretendam utilizar a droga em conjunto. Fazendo-o em caráter eventual e sem fim de lucro aplica-se a figura privilegiada. Evita-se, assim, a condenação pelo crime de tráfico ilícito de drogas, cuja pena mínima passa a ser de cinco anos de reclusão” (Leis Penais e Processuais Comentadas, São Paulo, RT, 2013, p. 326). (g.n.)

Sobre o assunto, também merece destaque a lição dos juristas Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi:

“Para a ocorrência da situação prevista no parágrafo, de pena substancialmente menor, há necessidade de três circunstâncias objetivas e uma subjetiva. As duas primeiras objetivas são: que o oferecimento seja eventual e, cumulativamente, que não tenha objetivo de lucro. Ambas são necessárias



concomitantemente, de modo que a ausência de uma exclui o privilégio, uma vez que oferecer fora dessas circunstâncias caracteriza o crime do caput. (...) Quanto ao tipo de relacionamento a ser relevante, caberá ao juiz defini-lo no caso concreto, mas deve ser de natureza pessoal, ou seja, de molde a propiciar a intimidade suficiente para o consumo conjunto (...). A circunstância subjetiva é o dolo específico, consistente no fim de juntos consumirem a droga, o que pode, eventualmente, não ocorrer, porque para a caracterização da forma privilegiada basta o fim, cuja prova também dependerá de aspectos objetivos circunstanciais a serem observados (...)” (Lei de Drogas anotada: Lei nº 11.343/2006. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 100/101). (g.n.)

No mesmo diapasão, doutrina o preclaro Renato Marcão:

"Somente o oferecimento de droga eventual e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem é que autoriza o reconhecimento da conformação típica mais branda. Ausente um dos requisitos, a conduta se ajustará ao tipo de tráfico, conforme o art. 33, caput, da nova lei" (...) É preciso dar alcance maior à expressão "lucro", também para alcançar qualquer "vantagem". Se o fornecimento de droga objetivar qualquer tipo de lucro ou vantagem, restará excluída a incidência de implicações mais brandas. O vocábulo 'lucro' foi utilizado em sentido amplo, não se restringindo à hipótese de ganho direto em dinheiro" (in TÓXICOS - Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006 NOVA LEI DE DROGAS - Anotada e interpretada, 5ª edição, Ed. Saraiva, fls. 194/195). (g.n.)

Outrossim, nobres Julgadores, “data venia”, a r. decisão prolatada pelo E. Tribunal de Justiça afrontou diretamente a Constituição Federal. Confira-se os fundamentos utilizados na r. decisão:

(...) “Ademais, a prova oral produzida encontra arrimo no laudo pericial de fls. 70/93, que reproduziu as mensagens havidas entre

os acusados, via *facebook*, relativas à associação entre eles para o comércio de drogas. Nesse sentido também são as mensagens juntadas a fls. 125/152.”.

Ora, Excelências, como exposto exaustivamente nos tópicos anteriores, as mensagens foram obtidas ilegalmente e evidente a necessidade de nulidade e desentranhamento das provas ilícitas nos presentes autos e, mesmo que fosse afastado tal pleito, **não restou demonstrado nos autos a estabilidade e permanência, bem como divisão de funções entre os Recorrentes**, na medida em que o **presente episódio retratou um suposto caso isolado**, restando claro que **não houve qualquer comprovação do *animus* associativo e divisão de tarefas entre ambos**.

Respeitado o glorioso entendimento do E. Tribunal “a quo”, a Defesa até o presente momento não conseguiu enxergar nos autos quais as funções supostamente exercidas pelos Recorrentes na empreitada criminosa e nem que o suposto tráfico estivesse ocorrendo em data diversa da apontada na exordial.

Aliás, não há sequer comprovação do próprio tráfico, como dito nos tópicos anteriores.

Com a devida vênia, **se nem de longe o tráfico restou demonstrado**, tendo em vista a **ínfima quantidade de droga** apreendida nos autos (**1 porção de droga= 4,5 g**) e a ausência de comprovação de que o entorpecente seria destinado a outrem, atrelada a ausência de quaisquer outras provas colhidas nos autos, como, por exemplo, inexistência de usuários que adquirissem drogas dos Recorrentes e ausência de apreensão de objetos relacionados ao espúrio comércio (dinheiro, embalagens, balança de precisão), **a própria associação muito menos, não sendo possível, portanto, aceitar a perfectibilização deste crime pela suposição de que “certamente praticavam o delito em conjunto”**.

De fato, o tipo penal previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06 requer, para sua configuração, *animus* associativo, o que **não ocorreu** na hipótese versada nos autos, ou, como esclareceram Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi *“um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira societas sceleris, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a co-autoria”* (Lei de Drogas Anotada, 2ª ed., Saraiva, pg. 128). (grifo nosso). Nesse sentido, o escólio dos ilustres juristas Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller ao prelecionarem que *“como não é possível crime sem lesão ou risco de lesão ao bem jurídico, a única interpretação*



viável e constitucional do artigo é que, para a tipificação da conduta, persiste sendo necessária estabilidade e permanência, como no crime de quadrilha do Código Penal, diferenciando-se daquela figura pelo elemento subjetivo(...). Outro entender seria admitir, na prática, um concurso necessário de crime em todos os casos, eis que é praticamente impossível que uma mesma pessoa venha a semear, cultivar, produzir, embalar, transportar e fornecer a droga. A interpretação razoável, e que sempre foi feita pelos Tribunais, é que apesar da dicção legal apenas o concurso de duas ou mais pessoas estável e permanente pode configurar o presente crime". (Legislação Penal Especial, Editora Premier Máxima, 5.ed., vol. 1, p. 292/293). (g.n.)

Desse modo, encerrada a instrução processual, o órgão ministerial não logrou êxito em demonstrar o vínculo associativo, tampouco o seu respectivo período, a teor do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, apenas exarando afirmações genéricas quanto à configuração do tráfico e da associação para esta infração penal.

Ora, Excelências, apesar do tráfico já estar configurado pela manutenção em depósito, **a associação tem princípio com a prática do tráfico de entorpecentes, por reiteradas vezes, com a divisão de tarefas entre os Recorrentes, de sorte a caracterizar o vínculo estável e permanente.**

Vale dizer, **cada um deles dando sua contribuição para que o tráfico fosse promovido no local, seja pelo fracionamento, pesagem ou até mesmo embalagem da droga, pelo contato direto com usuários ou fornecedores do entorpecente, bem como através da efetiva comercialização,** o que não ocorreu no caso em apreço.

Ao contrário do glorioso entendimento esposado pelo E. Tribunal de Justiça paulista, **não há falar em divisão de tarefas, tampouco lucro obtido com o comércio de drogas, já que a acusação não logrou êxito em demonstrar a sua ocorrência, de modo que o simples fato de os Recorrentes serem vizinhos não caracteriza o delito em epígrafe.**

Ora, **não existiam resquícios de entorpecentes espalhados pelo imóvel, não tendo sido apreendido material para utilizado para embalar e fracionar os entorpecentes, como, por exemplo, sacolas plásticas, saquinhos de geladinho, papel alumínio ou giletes,** objetos costumeiramente utilizados para o prática do tráfico de drogas, bem como não localizado qualquer registro de movimentação financeira dos Recorrentes.

Assim, concessa venia, não é crível acreditar que o suposto tráfico estava ocorrendo em datas anteriores à citada na sentença.

Destarte, **não há nos presentes autos qualquer comprovação de que estivessem embalando, fracionando drogas, ou até mesmo estabelecendo contato direto com usuários de drogas.**

Aliás, repita-se exaustivamente, **não ouvido nenhum usuário de drogas nos autos que apontasse qualquer dos Recorrentes como traficantes.**

Registre-se, por oportuno, que **o eminente Desembargador Borges Pereira**, Relator da Apelação Criminal nº 990.09.135911-4 da 16ª Câmara de Direito Criminal do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, julgada em **02.03.2010**, cuja ementa está colacionada ao corpo do presente recurso, **ao decidir questão semelhante**, externou sabiamente seu convencimento jurídico, ao dizer que: **“a característica de uma associação para o tráfico é a divisão de tarefas, sendo imprescindível à estabilidade. Com efeito, o fato de estarem, um vendendo o entorpecente e o outro arrecadando o valor da compra, durante aproximadamente duas horas, não determina que o denunciado estivesse em acordo de vontades com o menor, com estabilidade e permanência para exercer reiteradamente a traficância, elementos que caracterizam o tipo. Veja-se que a prova não apontou que estivessem em conluio para o tráfico, embora tenha restado claro que ambos traficassem, mas isto não significa que exista uma associação”.** (g.n.)

Ainda, o ínclito Desembargador acrescentou que **“mesmo com indícios de relacionamento entre o denunciado e o menor, um vende a droga e o outro arrecada, tais situações não determinam com segurança a associação. Todavia, evidente que, neste ramo de atividade, sempre haverá uma interligação entre os traficantes, um envolvimento, pois sendo comércio clandestino, os envolvidos devem manter contato entre si, na maioria das vezes de modo cifrado, o que não significa, repita-se, associação”.** (g.n.)

A corroborar o exposto acima, não destoa a jurisprudência de nossos tribunais pátrios, merecendo destaque os julgados do Egrégio Tribunal de Justiça e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, cujas ementas seguem *ipsis litteris*:

“Apelação criminal - Tráfico de Drogas - Materialidade e autoria delitiva devidamente demonstradas nos autos caracterizando o delito de tráfico de drogas ante a diversidade, quantidade e forma de acondicionamento da droga apreendida, bem como pela prova documental e oral - Negativa judicial do apelante restou isolada nos autos - Depoimentos dos policiais firmes e seguros,

considerados como base probatória da condenação - **Crime de Associação para o tráfico - Afastado - Não demonstrada a estabilidade e permanência** - Causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI da Lei 11.343/06 - Configurada frente a participação de menor no tráfico - Redução da pena nos termos do artigo 33 § 4º da Lei 11.343/06 - Admissibilidade ante a associação para o tráfico - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Impossibilidade - Regime fechado - Mantido - Recurso da defesa não provido e apelo ministerial parcialmente provido, para condenar o apelante RENATO ANSELMO GAUDENCIO à pena 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, por incurso no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, c.c. artigo 40, inciso VI, todos da Lei 11.343/06, restando mantida, no mais, a r. sentença de Primeiro Grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos" (TJ/SP - Apelação Criminal nº 990.09.135911-4, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Borges Pereira, DJ 02.03.2010). (g.n.)

"O delito de associação para o tráfico não se confunde com uma Associação meramente eventual (simples coautoria), demandando a permanência e estabilidade entre os agentes, a fim de formarem uma verdadeira *societas sceleris*. Precedentes" (HC 99373-MS, Rel. Ministra Jane Silva, 6ª Turma do STJ, j. 18/03/08). (g.n.)"Apelação do Ministério Público e da Defesa. Artigo 33, 'caput', c.c. artigo 40, inciso VI, e artigo 33, § 2º, todos da Lei 11.343/06. Ausência de descrição, na denúncia, de conduta que se subsuma à hipótese do artigo 40, inciso III, da mesma Lei de Tóxicos Absolvção quanto ao delito do artigo do artigo 35, da Lei 11.343/06. A relativa proximidade com escola não basta para que se aplique a majorante do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06. Ausência de prova concreta de que o réu pretendia comercializar a droga no local, ou aproveitar-se desta circunstância. Afastada a majorante. Autoria e materialidade do tráfico demonstradas pelas provas dos autos. Afastada a hipótese do artigo 40, inciso VI, da Lei

11.343/06. Reprimenda com acréscimo acima do mínimo em razão quantidade de entorpecente apreendida. Pena-base aplicada no mínimo legal. Menoridade. Súmula 231 do STJ. Pena adequada. Recurso da acusação improvido, e apelo da defesa provido em parte" (TJ/SP, Apelação Criminal nº 990.09.150373-8, 1º Câmara Criminal, Rel. Marco Nahum, DJ 26.10.2009). (g.n.)

*"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO ART. 18, III, DA LEI 6.368/76. CONFIGURAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CP. FALTA DE INTERESSE. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA LEI N.º 9.455/97, QUE TRATA EXCLUSIVAMENTE DO CRIME DE TORTURA. INOCÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. DESCABIMENTO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. 1. Devidamente demonstrada pelo acórdão a causa especial de aumento do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, uma vez que esta incide na hipótese de mero concurso eventual para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, **e não se confunde com o delito autônomo do artigo 14 da mesma lei, que demanda uma associação de caráter duradouro e estável.** 2. Falta interesse à impetração no tocante à majoração da pena-base, uma vez que a pena da paciente, após a aplicação das atenuantes, retornou para seu piso legal. 3. As inovações trazidas pela Lei n.º 9.455/97 (Lei dos Crimes de Tortura) não alteraram as disposições referentes aos demais crimes hediondos e equiparados, devendo-se, desta forma, ser mantida a imposição da fixação do regime integralmente fechado para o cumprimento das penas. Aplicação, na hipótese, do enunciado da Súmula n.º 698, do STF. Precedentes. 4. Foge à competência deste Superior Tribunal de Justiça reexaminar o conteúdo fático-probatório dos autos para desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias, soberanas em matéria de prova, que entenderam suficientemente provada a materialidade e autoria da falsificação do documento público, para*

declarar que a participação da Paciente foi de menor importância, ou sua inocência. 5. Ordem denegada” (STJ – HC 46.077/MS – Relator: Ministra Laurita Vaz – Quinta Turma – DJ de 20.03.2006, p. 317). (g.n.)

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME DE PROVA. MATERIALIDADE DELITIVA. *DELICTA FACTI-TRANSEUNTI*. *WRIT* PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO. 1. A alegação de inexistência do fato-crime imputado, enquanto reclama o exame do conjunto da prova, é estranha ao âmbito angusto do *habeas corpus*. 2. “(...) Formal por natureza própria, **a integração elementar do crime de associação prescinde da apreensão de substância entorpecente traficada ou a traficar**” (RHC 1.096/RJ, Relator Ministro José Dantas, *in* DJ 6/5/91), **reclamando, como de fato reclama, tão-somente, concurso de duas ou mais pessoas, de forma estável ou permanente, visando especificamente à traficância**. 3. *Writ* parcialmente conhecido e denegado” (STJ – HC 21.863/MG – Relator: Ministro Hamilton Carvalhido – Sexta Turma – DJ de 04.08.2003, p. 433). (g.n.)

Portanto, as provas produzidas no decorrer da instrução criminal não demonstram de maneira inequívoca o elemento subjetivo específico exigido pelo artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, restando comprovado que sequer houve concurso de pessoas.

Diante do exposto, requer seja conhecido e provido o presente recurso, culminando com a admissão e provimento do recurso extraordinário, **anulando-se o v. acórdão, para absolver o Recorrente ou promover a devida desclassificação da sua conduta, uma vez que o presente episódio diz respeito a hipótese de flagrante preparado**, conforme Súmula 145 desta Suprema Corte, bem como **representa nítida violação ao comando constitucional inserto nos incisos XI, do artigo 5º (inviolabilidade do domicílio) LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), LVII (presunção de inocência) e artigo 93, inciso IX (necessidade de fundamentação), da Constituição Federal**.

6.0 - Do regime inicial aplicado: da violação ao princípio da individualização e proporcionalidade das penas e Súmulas 718 e 719 desta Suprema Corte.

Colenda Turma, conforme repisado nas razões de recurso extraordinário, o v. acórdão impugnado fixou o regime inicial fechado com base em fundamentos absolutamente ilegais:

“No mais, o regime inicial não pode mesmo ser outro que não o fechado, haja vista a extrema perniciosidade da conduta, causadora de consequências nefastas para os próprios acusados, suas famílias e ao corpo social como um todo; cuida-se de verdadeiro cancro que fomenta a prática de tantos outros delitos, devendo ser severamente coibido. Nesse contexto, regime inicial mais brando não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte dos acusados, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da reprimenda. Outrossim, a fixação de regime inicial fechado não se afigura inconstitucional, uma vez que reflete apenas a intenção legislativa de coibir mais duramente as condutas dos autores de crimes hediondos e equiparados, os quais o legislador reconheceu possuírem maior lesividade social, o que não impede a realização do princípio da individualização, a ser observado na fixação e na execução da pena.

Não se pode perder de vista, ainda, as provas coligidas nos autos, evidenciando ligação dos réus com fornecedores, distribuidores e produtores de tais substâncias ilícitas, tornando inequívoca a dedicação deles à atividade criminosa”.

Difícil acreditar que o derradeiro trecho diga respeito ao presente caso, onde a suposta apreensão foi de uma pedra de crack que pesava 4,5g.

No caso dos autos, não há absolutamente nenhuma comprovação de que o Recorrente possuía ligação com fornecedores, distribuidores e produtores de substâncias ilícitas.

Ademais, na primeira etapa da dosimetria da pena, a decisão de segundo grau fixou a pena-base do Recorrente no mínimo legal, mas quando da fixação do regime inicial, foi aplicado o regime fechado para o cumprimento da pena, utilizando-se como fundamentos a gravidade em abstrato do delito, a sua alegada hediondez e a periculosidade da agente, além de diversos argumentos não jurídicos e contra legem, que não podem ser aceitos por este E. Tribunal.

Entretanto, **consoante a dicção legal do artigo 33, § 2º, alíneas “b” e “c”, do Código Penal, Súmula 440 do STJ e Súmulas 718 e 719 do STF, o réu poderia iniciar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado.**

No mais, o artigo 33, §3º, do Código Penal assim prevê:

“§3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 deste Código.”

Tendo a r. decisão condenado o Recorrente às penas mínimas, reconhecendo que todas as circunstâncias do artigo 59 lhe eram favoráveis, totalmente injusto motivo fixar-se o regime inicial da pena de modo mais gravoso que o permitido em lei, com base apenas na gravidade em abstrato do delito e em outros argumentos não jurídicos, o que inclusive é objeto de súmula:

“Súmula nº 440, STJ. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula nº 718, STF. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula nº 719, STF. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Assim, considerando que todas as circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal são favoráveis, não há razão para a fixação de regime inicial fechado, como foi feito no presente caso.



A questão de o crime de tráfico de drogas ser hediondo e isso impedir a fixação de regime diverso do fechado já foi superada há tempo, pois o artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/1990 é inconstitucional por ferir o **princípio da individualização da pena plasmado no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal**.

A propósito, o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade do dispositivo ora guerreado, quando concedeu a ordem pleiteada no julgamento do HC nº 111.840.

Destarte, dada a inconstitucionalidade acima mencionada, a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena que eventualmente venha a ser imposta ao réu deve ser feita com base nas normas gerais estabelecidas no Código Penal.

Outrossim, em respeito à individualização da pena, a reincidência, por si só, não é argumento suficiente para a fixação do regime fechado, eis que o próprio artigo 44, §3º, do Código Penal, permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao reincidente.

Com base no artigo 33, § 3º, do sobredito diploma legal, o artigo 59 do mesmo diploma deve ser o norte para determinar o regime em que o acusado deve iniciar o desconto da reprimenda, respeitados os limites estabelecidos no artigo 33, § 2º.

Assim, deve ser estabelecido o regime inicial diverso do fechado, nos termos do artigo 33, §2º, “b” ou “c”, e §3º do Estatuto Repressivo.

Anote-se, por fim, que não podemos nos esquecer que o objetivo da sanção penal não é eternizar o sofrimento do acusado, nem infernizar a sua vida, mas, sim, reeducá-lo, para que possa futuramente ser reintegrado à sociedade.

A propósito, sobre o tema, preleciona Cláudio Heleno Fragoso:

"A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, que funciona como realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinquentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar os

condenados para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo" (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal - Parte Geral, 16.^a ed., rev. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro, Forense, 2.003, p. 357). (g.n.)

Posto isso, requer seja conhecido e provido o presente recurso, para a modificação do regime inicial estabelecido, em homenagem aos princípios da individualização e proporcionalidade das penas, que foi flagrante violado pelo v. acórdão atacado.

7.0 - Das conclusões.

E. Ministros, a r. decisão judicial, com a devida permissão, não trouxe fundamentos suficientes à inadmissão do Recurso Extraordinário interposto pelo Agravante, com a *maxima venia*, constatando-se de forma clara e cristalina o **PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS FUNDAMENTAIS PARA APRECIÇÃO E ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUAIS SEJAM, REPERCUSSÃO GERAL, PREQUESTIONAMENTO E OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.**

Na verdade, o que houve, no juízo negativo de admissibilidade ora questionado, foi a **apreciação superficial do mérito do recurso**, fato a corroborar a alegação do Agravante de que a intenção foi simplesmente impedir o prosseguimento do aludido recurso.

Tratando-se de mero juízo de admissibilidade, é defeso às decisões emanadas da presidência ou vice-presidência do Tribunal *a quo*, invadir o exame do mérito do recurso, para concluir pela procedência ou improcedência da tese defendida pelo Recorrente.

Sobre o assunto, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery ponderam que **"ao tribunal a quo cabe tão-somente verificar se estão presentes os requisitos formais do RE e do REsp. A efetiva violação da CF ou a efetiva negativa de vigência da lei federal são o mérito do recurso, cuja competência para decidir é dos tribunais federais superiores (STF e STJ)"** (In: Código de Processo Civil Comentado. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 914). (g.n.)



Na intenção de amenizar o excessivo acúmulo de trabalho dos Tribunais Superiores, os Tribunais *a quo* desvirtuam a função precípua do juízo de admissibilidade, provocando manifesta violação das competências constitucional e processualmente delineadas.

Contudo, aludida prática, que **sacrifica a própria lei processual**, em prol da minimização das agruras do sistema, causa manifesto PREJUÍZO ao Agravante, diante da análise superficial do mérito do Recurso Extraordinário pelo E. Tribunal *a quo* e da necessidade de lançar mão do presente Agravo para que esta E. Corte Superior possa finalmente apreciar as violações à Constituição Federal, fato a causar **evidente ATRASO para a solução** do episódio.

Portanto, presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário interposto pelo Agravante, comporta provimento o presente recurso, **a fim de que seja possível o processamento e julgamento daquele recurso, restaurando-se a supremacia dos dispositivos constitucionais, violados pelo Juízo de primeiro e segundo graus**, o que fica requerido.

8.0 - Do pedido.

Diante do exposto, **aguarda-se seja o presente recurso conhecido e provido, culminando com a admissão e provimento do Recurso Extraordinário, visando ao reconhecimento da nulidade do v. acórdão, uma vez que carece de fundamentação idônea e prolatado em afronta ao disposto no artigo 5º, incisos XI (inviolabilidade do domicílio), XIII (inviolabilidade da correspondência e comunicação), XLVI (princípio da individualização e proporcionalidade das penas), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), LVII (presunção de inocência), artigo 93, inciso IX (necessidade de fundamentação), da Constituição Federal.**

Termos em que,
pede deferimento.

Estância Turística de Avaré/SP para Brasília/DF, 30 de setembro de 2021.

Pp.

Daniel Roberto de Souza
Advogado OAB/SP nº 289.297