

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.562.153 - SP (2019/0244590-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : JEFERSON APARECIDO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES - SP224750
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Agrava-se de decisão que não admitiu recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Apelações criminais - Tráfico de substâncias entorpecentes - Sentença condenatória - Preliminar de nulidade por ilicitude da prova, em razão de suposta violação de dados telefônicos (conversas de WhatsApp) - Rejeição - Acusado que, espontaneamente, permitiu aos policiais terem acesso aos diálogos existentes no aplicativo telefônico - Presença de outros elementos probantes aptos a relacionar o agente com a atividade criminosa - Exceção da descoberta inevitável ou fonte hipoteticamente independente (art. 157, § 2º, CPP) - Ademais, não há que se confundir interceptação de comunicação telefônica com registros telefônicos, cuja quebra e utilização como meio de prova não configuram nenhuma ilicitude para o ordenamento jurídico - No mérito, pretendida a absolvição por fragilidade probatória ou, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de porte de drogas para consumo próprio, a redução das penas-base aos mínimos legais, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, a fixação de regime prisional aberto, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a detração pelo tempo de prisão provisória e o prequestionamento da matéria debatida nos autos - Admissibilidade parcial - Materialidade e autoria suficientemente demonstradas - Depoimentos de policiais valiosos na elucidação dos fatos - Grande quantidade de maconha, cocaína e crack apreendida, dividida em diversas porções, a granel e individuais, prontas para entrega ao consumo, inviabilizando o pleito desclassificatório - Condenação bem editada, com base em sólido e convincente acervo probatório - Penas alteradas - Básicas redimensionadas - Majoração em 1/5 (um quinto) de todo suficiente, adequada e proporcional às circunstâncias do caso concreto - Inaplicabilidade do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, pois as circunstâncias do fato demonstram

Superior Tribunal de Justiça

que os apelantes se dedicavam ao tráfico com habitualidade e como meio de vida - Regime prisional fechado mantido, mercê da gravidade concreta do delito, decorrente da natureza e grande quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, servindo, igualmente, ao lado do quantum punitivo fixado, como óbice à substituição da pena corporal por restritivas de direitos - Detração a ser analisada pelo Juízo das Execuções Criminais - Descabimento do pretendido prequestionamento, porquanto prequestionar não significa interpretar o texto legal e, sim, pronunciar-se sobre questões pertinentemente suscitadas, o que foi devidamente realizado in casu. - Preliminar afastada, recursos parcialmente providos. (e-STJ fls. 415/416)

Aponta a defesa a violação dos arts. 157 e 387, § 2º, do Código de Processo Penal; 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 33, § 2º e 44 do Código Penal alegando, em síntese: a) a nulidade da prova obtida em aparelho celular sem prévia autorização judicial; b) que o recorrente preenche os requisitos para que seja aplicado o redutor previsto na Lei de Drogas, notadamente porque o réu é primário e possui bons antecedentes; c) que deve ser considerado o tempo de prisão provisória para a determinação do regime prisional e; d) que o recorrente faz jus ao regime prisional diverso do fechado.

Contrarrazões às e-STJ fls. 500/518.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo parcial provimento do recurso às e-STJ fls. 553/563.

É o relatório. **Decido.**

A irresignação merece prosperar, em parte.

Os elementos existentes nos autos informam que o Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena do recorrente para 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, pelo cometimento do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Anota-se, inicialmente, que ao contrário do que alega a defesa, consta do acórdão estadual que "o acusado Jefferson, espontaneamente, depois de ter sido flagrado na posse de cinco porções de cocaína e duzentos e setenta

Superior Tribunal de Justiça

reais, em dinheiro, dividido em notas trocadas, autorizou os policiais a terem acesso aos dados existentes em seu telefone celular." (e-STJ fl. 418)

A desconstituição dessa premissa implica o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível em recuso especial ante o óbice do Enunciado n. 7/STJ.

Ainda que assim não fosse, convém destacar que embora esta Corte Superior tenha firmado o entendimento de serem ilícitas as provas obtidas diretamente pela polícia no momento do flagrante, mediante acesso às mensagens de celular, sem a devida autorização judicial, *in casu*, tal averiguação não tem o condão de desconstituir a condenação do recorrente, pois ela está apoiada em elementos diversos do conjunto probatório, como a expressiva quantidade de drogas apreendidas (**50 porções individuais e 1 a granel de crack, com peso líquido total de 350,87 gramas; 42 porções individuais e 1 a granel de maconha, com peso líquido total de 574,64 gramas e 75 porções individuais de cocaína, com peso líquido de 19,13 gramas**), ou seja, se está diante de provas autônomas. Nesse sentido os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABERTURA DE VISTA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. DIREITO DE ARROLAR TESTEMUNHAS. PRECLUSÃO TEMPORAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO COMO ATO INAUGURAL DA INSTRUÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE AFASTADA. FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS PELO JUIZ. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. INOCORRÊNCIA. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR (MENSAGENS DO APLICATIVO WHATSAPP) DURANTE A PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. OUTROS ELEMENTOS DE PROVA INDEPENDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

6. Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial. No entanto, o acórdão impugnado apontou outros elementos do acervo probatório independentes da prova armazenada no celular do recorrente a indicar a autoria e a materialidade delitiva, o que impede a nulidade de sua condenação. Entre outros o AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019.

7. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 78.065/SP, desta Relatoria, DJe 12/09/2019)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPLORAÇÃO DO JOGO DO BICHO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. ALEGADA NULIDADE DO FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. ACESSO ILEGAL A DADOS DE CELULAR. IRRELEVÂNCIA. CUSTÓDIA DECRETADA COM FUNDAMENTO DIVERSO. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NATUREZA, VARIEDADE E CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA TÓXICA APREENDIDA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELAVÂNCIA. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MAIS BRANDAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos casos de crime permanente, havendo fundada suspeita, é dispensável o mandado de busca e apreensão, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas.

3. A Lei n. 9.296/1996 restringe-se às comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática, não se estendendo aos dados já registrados nos respectivos aparelhos. Não obstante, o fato de o texto legal não tutelar os dados e registros já contidos em aparelhos telefônicos e afins não permite que a polícia devasse a intimidade dos investigados a pretexto de obter provas do crime e de sua autoria, o que só é admitido mediante prévia

Superior Tribunal de Justiça

autorização judicial.

4. No caso, a prisão preventiva não se embasou no suposto acesso ilegal dos policiais aos dados contidos no celular do paciente, mas sim na expressiva quantidade de drogas com ele apreendida, que confirmam denúncias anteriores apontando seu envolvimento na mercancia ilícita de estupefacientes, ou seja, se está diante de provas autônomas.

5. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando fundada nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente para a garantia da ordem e da saúde públicas, dada a gravidade da conduta incriminada, evidenciada pelas circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante dos envolvidos.

6. Condições pessoais favoráveis, ainda que comprovadas, não têm o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

7. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação se encontra justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social, evidenciando que providências menos gravosas não seriam suficientes para garantir a ordem pública.

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 487.050/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 09/04/2019)

A defesa alega, também que o recorrente preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto é primário, possui bons antecedentes e não há provas de que se dedique à atividade ilícita. Sobre o tema, o Tribunal de origem assim se pronunciou:

Importante frisar, ademais, que a causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4o do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 afigura-se inaplicável, na espécie, malgrado os apelantes sejam primários e possuidores de bons antecedentes, porquanto a elevada quantidade de entorpecentes, a considerável quantia de dinheiro com eles apreendida (R\$ 642,00), a localização do veículo de Douglas em frente ao local dos fatos, contendo diversas porções a granel e individuais das drogas, bem como as mensagens encontradas no telefone de Jefferson, no sentido de que praticavam com certa frequência o nefasto comércio, evidenciam que os réus não eram principiantes, mas pessoas já

Superior Tribunal de Justiça

bem enfronhadas na criminalidade, em especial no segmento da narcotraficância, denotando que eles realizavam tal atividade ilícita com habitualidade e faziam desta meio de vida. (e-STJ fl. 436)

Correto o Tribunal Estadual em não aplicar o redutor, isso porque a jurisprudência deste Tribunal Superior já decidiu que a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas, aliadas às circunstâncias em que ocorreu o delito, evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Nessa linha: HC 306.019/SP, desta Relatoria, DJe 22/6/2016 e HC 345.942/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 24/6/2016.

Veja-se, ademais, que para se perquirir acerca da participação ou não do recorrente em atividade criminosa, é necessário o revolvimento de fatos e provas, providência inadmissível em recurso especial, ante o óbice do verbete n. 7 da Súmula deste Tribunal. A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do

Superior Tribunal de Justiça

habeas corpus.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos e 2 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Embora a reprimenda final seja inferior a 8 anos, escoreita a eleição do regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento, haja vista que a empreitada criminosa envolveu significativa quantidade de substância entorpecente - quase meio quilo de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

4. Habeas corpus denegado. (HC 415.305/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 06/11/2017)

O regime prisional está correto tendo em conta o quantum da pena aplicada (seis anos de reclusão) e a existência de circunstância judicial desfavorável, como bem destacou o Ministério Público em contrarrazões ao recurso especial. Nessa linha: A propósito: REsp 1568954/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 07/11/2016 e AgRg no AREsp n. 497.367/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/2/2018, DJe 16/2/2018.

No mais, com razão a defesa, isso porque nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, a previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas da possibilidade de o Juízo de 1º grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão do tempo de prisão provisória do apenado. No caso concreto, o acórdão recorrido limitou-se a afirmar que a matéria deveria ser apreciada pelo Juízo das Execuções dada a periculosidade dos agentes.

Superior Tribunal de Justiça

Da jurisprudência desta Corte, colhem-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DESNECESSIDADE DE ANÁLISE DE REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Na linha de entendimento das Turmas que integram a Terceira Seção deste Sodalício, a detração de que trata o artigo 387, §2.º, do CPP, incluído pela Lei n.º 12.736/2012, refere-se à fixação de regime inicial de cumprimento de pena, a ser imposto pelo Juízo da condenação por ocasião da sentença, oportunidade na qual se computará o período em que o condenado permaneceu preso provisoriamente para fins de escolha do modo inicial de execução da sanção privativa de liberdade, por intenção e determinação do legislador.

2. O conceito de regime inicial de cumprimento da pena é bastante distinto do conceito de progressão de regime, esta sim da competência do Juízo da execução, razão pela qual não há falar em análise dos requisitos objetivos e subjetivos elencados na LEP.

3. Proferido o édito condenatório em data posterior à edição da Lei n.º 12.736/2012 e havendo tempo de prisão cautelar a ser computado na pena aplicada, cabe ao Juízo da condenação a análise da detração para fins de fixação do regime inicial, circunstância que revela a procedência dos argumentos lançados na insurgência especial e reclama a manutenção da decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp. 652.915/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 9/3/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, POR TRÊS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REPRIMENDA FINAL SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2.º, DO

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. [...]

4. O § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, revelado na execução penal, eis que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto.

5. A argumentação no sentido de que caberia ao Juízo das Execuções a análise dos requisitos para a progressão de regime, em verdade, não guarda correspondência com o pleito da defesa referente à aplicação do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, conforme já salientado, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais.

5. A ação constitucional, no tocante à aplicação do art. 387, § 2.º, do CPP, não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, eis que o fato de o paciente já ter cumprido 3 (três) meses de uma condenação de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, conforme afirmado pela defesa, não surtirá efeito no estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena. Isso porque a pena definitiva continua superior a 4 anos, o que evidencia a possibilidade da imposição do regime fechado, tendo em vista a gravidade concreta da conduta do paciente.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 344.424/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/2/2016)

Assim, deflui da jurisprudência que a detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP é, sim, de competência do Juiz sentenciante, cabendo a ele, no momento da prolação do édito condenatório, considerar o tempo de prisão provisória do réu, naquele mesmo processo, para a definição do regime

Superior Tribunal de Justiça

prisional, devendo os autos retornar à Corte de origem para que se proceda à devida redução do tempo de prisão preventiva da pena corporal fixada e se verifique a possibilidade de se estabelecer regime menos severo.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou parcial** provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que, após reduzir da pena o tempo de prisão provisória, avalie a possibilidade de fixação de regime de pena mais brando.

Intimem-se.

Brasília, 09 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

