HABEAS CORPUS Nº 535.505 - MS (2019/0287229-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL PAULA FERRAZ DE MELLO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	ALINE FARIAS DE LIMA (PRESO)
OUTRO NOME	:	ALINE FARIAS DA SILVA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, sem pedido liminar, impetrado em favor de ALINE FARIAS DE LIMA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul**, nos autos da apelação criminal n. 0000988-47.2015.8.12.0014.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeira instância, às penas de **8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.320 (mil trezentos e vinte) dias-multa)**, como incursas nas iras dos arts. 33, **caput**, e 35 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 337-357).

Inconformada, a defesa interpôs **apelação** perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, a fim de reconhecer a atenuante da confissão espontânea e, por conseguinte, redimensionar a pena em **8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 1.200 (mil duzentos) dias-multa**, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 626-640.

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois a prova que conduziu a polícia à paciente é ilícita, uma vez que foi extraída do celular do corréu sem a

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

autorização deste.

Afirma que *"o acesso aos dados dos aparelhos do codenunciado e da Paciente, são abrangidas pela proteção constitucional de intimidade, e assim exigem autorização judicial para serem analisadas"* (fl. 9).

Pondera que, *"no caso, o Tribunal de Justiça concluiu pela presença da associação criminosa com base nos depoimentos dos policiais. [Contudo], com base nos depoimentos, é possível concluir, ainda que precariamente, a convergência de vontades para a prática do tráfico de drogas, um concurso de agentes para a prática do crime, portanto. Todavia, como a associação requer a durabilidade e a estabilidade da conduta criminosa, tem-se que o tráfico ainda era incipiente, ou seja, inapto a configurar uma associação"* (fl.9).

Defende que as consequências do crime não podem ser desvaloradas, pois não há elemento idôneo para tanto.

Aduz que a natureza da droga não é circunstância apta a majorar a pena-base, haja vista que foi apreendida com a acusada apena uma trouxinha de crack pesando 0,5 g.

Assere que o regime inicial foi fixado com base na gravidade abstrata do delito.

Requer, assim, a concessão da ordem para *"invalidar os elementos informativos em relação aos registros telefônicos de Luciano de Freitas perante os polícias, no que concernem a assunção da traficância da Paciente; absolvê-la do crime de associação para o tráfico; afastar a moduladora judicial "consequências do crime" e a natureza da droga, reduzindo a pena-base para o mínimo legal, e abrandar o regime inicial da pena para o diverso do fechado"* (fl. 20).

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 654-686 e 693-696.

O Ministério Público Federal, às fls. 698-703, manifestou-se pelo

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

não conhecimento do **writ** e, subsidiariamente, pela concessão da ordem, em parecer assim ementado:

> "***HABEAS CORPUS***. *APELAÇÃO. NULIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL.*
>
> *- Na hipótese, a persecução penal iniciou-se exclusivamente em razão da prova obtida pelos policiais no celular do paciente. Sem prévia autorização judicial, é ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes do aparelho celular. Precedentes.*
>
> *- Para aplicação do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, o réu deve ser primário, sem antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. A jurisprudência do STJ entende ser inviável o reconhecimento do privilégio quando há condenação também pelo art. 35 da Lei n. 11.343/06, na medida que evidencia dedicação a atividade criminosa.*
>
> *- Não é razoável o aumento das penas-base com base na apreensão de 0,5g de crack e em elementos inerentes ao tipo penal.*
>
> *- A fixação de regime prisional mais severo do que o quantum de pena permite deve ser fundamentado.*
>
> *Pelo não conhecimento, mas pela concessão da ordem, de ofício, para declarar a nulidade da prova e caso não seja acolhida a nulidade, sejam redimensionadas as penas-base e fixado o regime de acordo com o* ***quantum*** *de pena aplicado."* (fl. 698).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração: i) o reconhecimento da nulidade da prova extraída do celular do corréu, a qual, segundo a defesa, levou a assunção da responsabilidade pela prática de tráfico ilícito de drogas por parte da paciente; ii) a absolvição do delito de associação para o tráfico; iii) recálculo da dosimetria da pena; e iv) a fixação de regime inicial mais brando.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *"dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade"* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

*"**DA NULIDADE DE PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE***

A ré Aline aduz que as provas decorrentes da busca de dados no celular do réu Luciano foram obtidas sem autorização judicial, em afronta à garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade.

*Ocorre que essa questão concerne ao tema da suficiência das provas que sustentam o édito condenatório e, via de consequência, confunde-se com o mérito do recurso interposto, razão pela qual a **questio** será analisada em conjunto com este.*

DO TRÁFICO DE DROGAS

Os réus Aline e Luciano pedem, em comum, a sua absolvição quanto ao crime de tráfico de drogas e, subsidiariamente, a desclassificação para o delito de uso de drogas.

Sem razão, contudo.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

Segundo se infere dos autos, os policiais civis Thomaz Alfred Duboc e Alfredo Sanches Gonçalves, receberam denúncias anônimas e investigações preliminares no sentido que o réu Luciano (alcunha Jarrinha) pegava droga com o réu Vanderlei (alcunha Paraguai), vendia para usuários e, ainda, distribuía para a ré Aline revender*. Assim, no dia 28/05/2015, por volta das 11h20min, na Rua Bruno do Couto, defronte à piscina do Bairro Paraguai, em Maracaju/MS, surpreenderam-no logo após sair da casa de Vanderlei, o qual morava a cerca de 200 metros dali, oportunidade em que ele Luciano trazia consigo 11 gramas de crack, a quantia de R$ 45,00 e um celular que registrava diversas chamadas da ré Aline.*

No mesmo dia, por volta das 13h30min, os investigadores dirigiram- se à residência de Vanderlei, localizada na Rua Carlos Laert, n. 791, Bairro Paraguai, em Maracaju/MS, onde encontraram-no em poder de 33 gramas de crack, os quais tentara se desfazer jogando no quintal da residência vizinha. ***No local, ainda estava presente Ederson Santos do Lima, com quem não foram encontrados indícios de crime****.*

Ainda no dia dos fatos, às cerca de 14h30min, os policiais foram ao endereço da ré Aline, situado na Rua Quintino Bocaiúva, n. 1181, Bairro Paraguai, em Maracaju/MS, onde se depararam novamente com Ederson, desta feita fazendo uso de crack, que disse ter acabado de adquirir da ré Aline. Esta, por sua vez, foi encontra na posse de outros 0,5g do mesmo entorpecente*.*

Esses são os fatos constantes dos autos.

A materialidade delitiva está amplamente comprovada pelo Auto de prisão em Flagrante (p. 7-8), Boletim de ocorrência (p. 28-30), Laudo de Exame de Constatação Preliminar (p. 31), Auto de Apreensão (p. 32-33) e Laudo de Exame Toxicológico (p. 86-91), este que, em particular, revelou a presença de cocaína nas substâncias apreendidas.

Por sua vez, a autoria do referido delito também é certa e recai não apenas sobre o réu Vanderlei, mas também sobre os réus Aline e Luciano.

A ré Aline disse em seu interrogatório judicial (p. 224 – mídia audiovisual), que não conhece o réu Vanderlei e que o réu Luciano é primo de sua companheira. Informou que quem forneceu a droga encontrada com o usuário Ederson foi Luciano.

Admitiu que porção de droga encontrada em sua posse era para seu próprio uso. ***Todavia, na fase inquisitiva (p. 16-17), ela contou que sempre adquiria drogas do réu Luciano, sendo que cada 10 porções que vendia, ela ficava com o lucro de 3. Contou que, no último mês antes do flagrante, passou a vender cerca de 30 porções por dia. Afirmou que o réu Vanderlei vendia drogas e que provavelmente as adquiria do réu Luciano****.*

De outro lado, o réu Luciano disse sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (p. 253 – mídia audiovisual) que a droga encontrada em seu poder não foi adquirida de Vanderlei, mas em um posto de combustível na entrada de Maracaju/MS, para consumo próprio, negando que tenha qualquer relação com os réus Vanderlei e Aline.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

Entretanto, na Delegacia (p. 22), ele informou que adquiria drogas por diversas vezes do réu Vanderlei. Ainda, narrou que, no dia dos fatos foi até a casa dele e comprou dele uma caixa de crack (10g aproximadamente), mas era para seu próprio uso, sendo abordado pelos policiais logo em seguida. ***Reconheceu que Aline fazia tráfico de drogas no bairro onde morava, mas que não tinha contato com ela, sendo que as chamadas com o número dela encontradas em seu celular teriam sido feitas por uma outra pessoa, que teria pegado o aparelho dela emprestado para lhe cobrar aluguéis atrasados****.*

[...]

Na fase judicial (p. 134 – mídia audiovisual), ***o policial civil Thomaz Alfred Duboc declarou que estava investigando os réus Luciano, Aline e Vanderlei****.*

Disse que Luciano pegava droga, dividia em frações e entregava para Aline revender*.*

Informou que viu ele saindo da rua Carlos Laerte, onde sabia que o réu Vanderlei tinha uma boca de fumo*. Informou que abordou o réu Luciano e encontrou uma porção de crack de 11g e aproximadamente R$ 45,00, sendo que, segundo ele, a droga fora adquirida com Vanderlei e seria fracionada e repassada para a ré Aline vender. Diante disso, dirigiu-se à casa de Vanderlei, oportunidade em que ele arremessou por cima do muro uma porção de crack de 33g.* ***Ato contínuo, dirigiu-se à casa da ré Aline, oportunidade em que saía do local um usuário chamado Ederson, na posse de uma porção de droga. Informou que Aline confirmou que havia realizado a venda do entorpecente, bem como que recebia a droga já fracionada do réu Luciano, sendo que recebia, como forma de pagamento, o valor de três paradinhas de droga, a cada dez que eram vendidas****. Mencionou que a ré Aline foi localizada em um residencial conhecido como "Residencial do Nelson Pereira",* ***onde frequentemente são fechadas bocas de fumo, sendo que Aline já havia sido presa anteriormente pela prática do delito de tráfico de drogas****.*

Da mesma forma, ***o policial civil Alfredo Sanches Gonçalves declarou em juízo (p. 134 - mídia audiovisual) que estava monitorando o local, cujo vendedor da droga seria o réu Vanderlei, sendo que, no dia dos fatos, realizou abordagem na residência respectiva, oportunidade em que ele dispensou uma porção de droga pelo muro. Disse que, posteriormente, dirigiu-se à casa da ré Aline, onde abordou um usuário saindo do local, na posse de uma porção de droga, sendo que ele a apontou como a vendedora do entorpecente. Mencionou que a acusada confessou o comércio de drogas, informando que o réu Luciano ia até a casa do réu Vanderlei, onde pegava uma quantidade de drogas e levava até ela, para que ela comercializasse****. Disse que, anteriormente, o Policial Thomaz abordou o réu Luciano, que pegava a droga de um local e passava para outra pessoa.*

Tais depoimentos ainda confirmam a versão apresentada pelo usuário Ederson Santos de Lima, ouvido somente perante autoridade policial (p. 12-13), no qual reconheceu ter sido surpreendido ao comprar uma porção de crack da ré Aline, bem como já ter adquirido drogas de

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

Vanderlei.

Como se vê, a versão dos réus Luciano e Aline de que não se conheciam e de eram apenas usuários vai de encontro aos seus próprios interrogatórios extrajudiciais, ao depoimento extrajudicial de um usuário de drogas e, notadamente, aos testemunhos dos policias civis que efetuaram o flagrante, em relação aos quais não se verifica a pretensão escusa de lhes prejudicar, imputando-lhes falsamente o crime.

[...]

Em que pese a ré Aline alegar que as provas utilizadas para a sua condenação foram obtidas por meio ilícito, mediante violação ao sigilo das comunicações telefônicas e da intimidade, em razão de os policiais terem acessado os dados do aparelho celular apreendido, sem a devida anuência ou autorização judicial, a tese não comporta acolhimento.

De fato, consta que o aparelho celular do réu Luciano foi apreendido no momento do flagrante, medida esta expressamente autorizada pelo art. 6º, inc. II e III, c/c art. 240, par. 1º, h, ambos do CPP, segundo os quais cabe à autoridade policial apreender todos os objetos que tiverem relação com o fato e coletar as provas que servirem para o esclarecimento do crimes.

Como é cediço, aparelhos celulares são instrumentos largamente utilizados para a consecução de atividades ligadas ao crime de tráfico de drogas, eis que constantemente utilizados por traficantes para negociações e articulações, aspecto este que não apenas justifica, mas demanda por parte do policial a busca pessoal destinada à apreensão de eventual telefone móvel utilizado pelo agente.

Particularmente no tocante ao acesso aos dados constantes no aparelho apreendido, tenho por compreensão que a consulta a mensagens ou informações armazenadas no dispositivo eletrônico, relacionadas ao fato delituoso em apuração, distingue-se substancialmente do procedimento da quebra de sigilo telefônico, este que, evidentemente, demanda autorização judicial.

Isso porque, nos termos da Lei 9.296/96 e do art. 5º, inc. XII, da CF, a proteção conferida pelo ordenamento jurídico abrange o fluxo das comunicações em sistemas de informática e telemática, especialmente a conversa desenvolvida pelos interlocutores, e não os dados resultantes do diálogo que permanecem registrados no aparelho celular, até porque estes podem ser excluídos a qualquer momento, ao alvedrio do possuidor do telefone.

[...]

A despeito, contudo, de aderir ao entendimento firmado pelo e. STJ, tal não significa que, no caso vertente, a sentença padece de mácula por ilicitude de provas.

In casu, diante da apreensão do celular do réu Luciano, os policiais civis verificaram tão somente o registro de chamadas e, por conseguinte, que a maioria deles eram originários do celular da ré Aline. Frise-se que os referidos registros estavam acessíveis mediante simples

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

exame do objeto apreendido, circunstância que, de fato, diferencia do acesso a informações registradas na empresa de telefonia. Não houve, em nenhum momento, acesso às conversas mantidas entre os réus. Tais, aliás, eram desnecessárias, diante da própria confissão extrajudicial da ré Aline.

É de amplo conhecimento, ademais, que eventuais falhas do procedimento inquisitorial, de caráter meramente informativo, não viciam a ação penal dele resultante, uma vez que o inquérito serve apenas como elemento de convicção da acusação para o oferecimento da denúncia, ficando reservada a ponderação de tais provas quando da análise do mérito da ação.

[...]

Logo, criteriosamente analisados os elementos de prova trazidos aos autos, forçosa é a conclusão de que os réus Luciano e Aline praticaram o delito de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06) narrado na exordial acusatória, afastando-se, por completo, a eventual possibilidade de absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação para uso de drogas.

DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS

Os réus Aline e Luciano também pedem a sua absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico de drogas, pois não estaria demonstrado o vínculo de permanência e estabilidade entre eles.

Melhor sorte não lhes socorre.

[...]

No caso dos autos, há elementos de convicção suficientes no sentido de comprovar que Luciano e Aline possuíam entre si o animus associativo, ou seja, uniram-se de forma estável, permanente e duradoura para cometer o crime de tráfico de drogas, com clara divisão de tarefas e de lucros.

Com efeito, ***a confissão extrajudicial da ré Aline evidencia que Luciano era quem fracionava e entregava a droga em pequenas quantidades para Aline realizar a venda, sendo que o lucro era dividido da seguinte forma: Luciano entregava à Aline 10 porções de crack, sendo que após a venda esta repassava o valor de 07 porções à Luciano, ficando com o restante como pagamento.***

Além disso, ***há o testemunho dos policiais civis, os quais já vinham realizando o monitoramento da atividade criminosa dos réus há pelo menos 6 meses, tanto que foi plenamente possível o flagrante, com a verificação das inúmeras ligações da ré Aline no celular do réu Luciano e a apreensão, em poder de ambos, de drogas de com a natureza e características.***

Portanto, ***comprovadas de maneira incontestável a materialidade e a autoria, bem como presente o animus associativo de caráter estável e permanente, deve ser mantida a condenação do pelo crime de associação para o tráfico imposta na sentença.***

[...]

DA DOSIMETRIA

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

Os réus pedem, ainda, em comum, a correção da dosimetria da reprimenda, a fim de quem sejam reduzidas as penas-base, fixado regime prisional mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. A ré Aline pede ainda o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Da análise da primeira fase da dosimetria, verifica-se, em relação ao tráfico de drogas, que a sentença exasperou a pena-base do réu Vanderlei em 1 ano de reclusão e 100 dias-multa acima do mínimo legal, ***em razão da valoração negativa das consequências do crime, que teriam sido graves "tendo em vista os prejuízos causados àqueles que se viciam", e da quantidade e natureza nociva da droga apreendida, 33g de crack. Pelos mesmos motivos, à exceção da quantidade do entorpecente, aumentou as penas-base dos réus Aline e Luciano em 6 meses de reclusão e 50 dias-multa.***

Em que pese, de fato, a sentença não tenha apresentado fundamentos concretos para a valoração negativa das consequências do crime, além daqueles já considerados pelo próprio legislador, a consideração desfavorável da natureza da droga foi legítima. Isso porque, por expressa disposição do art. 42 da Lei 11.343/06, deve-se levar em conta que a apreensão de crack, droga de alta nocividade capaz de induzir à dependência química mediante o consumo de doses demasiadamente ínfimas, representa maior afetação ao bem jurídico tutelado (a saúde pública, no aspecto abstrato). O mesmo raciocínio é aplicável às quantidades apreendidas, que foram substancialmente distintas entre os envolvidos*.*

O quantum de exasperação da pena-base também foi o necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito, tendo em vista que a resposta penal não se limita à mera indicação quantitativa de moduladoras desfavoráveis, mas leva em consideração a análise qualitativa das circunstâncias judiciais, podendo o julgador atribuir maior ou menor importância a determinadas circunstâncias judiciais, com o fim de atender ao princípio da individualização da pena*.*

De todo modo, à luz da jurisprudência e da doutrina amplamente aceitas, uma vez aplicado o patamar de aumento imaginário de 1/10, indicado para cada circunstância judicial e obtido a partir do intervalo de pena em abstrato do delito em tela (de 5 a 15 anos de reclusão), o recomendável em face da apenas uma moduladora desfavorável seria a elevação da pena privativa de liberdade em 1 ano de reclusão.

Assim, irretocáveis as reprimendas basilares do réu Vanderlei, contra o qual subsiste não só uma, mas duas moduladoras desfavoráveis (natureza e quantidade da droga), e dos réus Aline e Luciano, contra os quais ainda pesa uma (natureza da droga).

De se consignar, que o ***non reformatio in pejus*** *somente proíbe o agravamento da reprimenda final, não vinculando a segunda instância aos fundamentos ou quantum definido em cada fase da dosimetria, conforme jurisprudência do c. STJ:*

[...]

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

Quanto à associação para o tráfico de drogas, a sentença exasperou as penas-base dos réus Aline e Luciano em 3 meses e 18 dias de reclusão 70 dias-multa, por considerar desabonadora a natureza da droga, estando tal proceder correto pelos mesmos motivos já declinados anteriormente.

Com efeito, em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, cuja aplicação não se restringe somente ao delito de tráfico de drogas.

[...]

O regime inicial para o cumprimento da pena deve permanecer o fechado para todos os réus, considerando a natureza da droga apreendida e o quantum de pena fixada, com fulcro no art. 33, "a" e §3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei de Drogas. Especificamente em relação ao réu Vanderlei, o referido regime prisional se justifica também porque desenvolvia a atividade criminosa em boca de fumo, o que revela ainda mais a reprovabilidade de sua conduta" (fls. 629-640, grifei).

Preliminarmente, a resolução da controvérsia impõe o exame da legalidade de provas obtidas por acesso a aparelho celular sem autorização judicial. Quanto ao tema, destaque-se o art. 5º, XII, da Constituição da República, que prevê: *"Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"*

Com o fito de regulamentar o referido preceito constitucional, a Lei n. 9.296/96 dispõe, em seu art. 1º, parágrafo único:

"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 segredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei ***aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática"*** (grifei).

Pois bem.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

A **mens legislatoris**, como se depreende, tratou de salvaguardar quatro liberdades: **a comunicação de correspondência, telegráfica, de dados** e a **comunicação telefônica**.

O sigilo a que se refere o indigitado preceito de regência **diz respeito à comunicação em si, e não aos dados já armazenados - in casu**, nos arquivos de aparelhos celulares licitamente apreendidos. Explica-se: **é a efetiva troca de informações o objeto tutelado pela norma inserta no art. 5º, XII, da Constituição da República**.

A Lei n. 9.296/96, por conseguinte, foi enfática, em seu parágrafo único, ao dispor especificamente sobre a proteção **ao fluxo** das comunicações em sistemas de informática e telemática. Depreende-se da mencionada norma, ao regulamentar o art. 5º, XII, da Carta Magna, que houve preocupação do legislador em distinguir o que é a fluência da comunicação em andamento daquilo que corresponde aos dados obtidos como consequência desse diálogo.

Optou-se, **em relação aos sistemas de informática e telemática, pela proteção à integridade do curso da conversa desenvolvida pelos interlocutores**.

Nesse sentido já se manifestou o col. Supremo Tribunal Federal sobre caso congênere, o qual trago à colação:

> *"[...] 2.Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial.*
>
> *3.**Não há violação do art. 5º. XII, da Constituição que,** conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra, de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial".*
>
> *2. **A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição,** é da 'comunicação de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda **quando armazenados em computador**. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

179/225, 270)" (RE 418416/SC, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJe 19/12/2006, grifei).

Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o **WhatsApp**), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, nos termos do art. 5°, X, da Constituição Federal.

Referidos dados também possuem proteção infraconstitucional, já que a Lei n. 9.472/97, que trata da organização do sistema de telecomunicações no Brasil, assim dispõe no seu art. 3°, V: *"Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: [...] V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;"*

A Lei n. 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, que regulamenta os direitos e deveres para o uso da **internet** no Brasil, dispõe, em seu art. 7º, o seguinte:

"Art. 7º 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**"* (grifei).

Verifica-se, pois, que os dados decorrentes de comunicações realizadas por meio de comunicação telefônica ou pela internet, como mensagens ou caracteres armazenados em aparelhos celulares, são invioláveis, somente podendo ser acessados mediante prévia autorização judicial.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. NULIDADE. PROVA ILÍCITA. LAUDO PERICIAL ELABORADO EM APARELHO CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. REGISTROS DE CHAMADAS, TRANSCRIÇÕES DE MENSAGENS DE TEXTO SMS, DADOS DE GEOREFERENCIAMENTO, EVENTOS DE CALENDÁRIO, FOTOS. ETC. VIOLAÇÃO DO SIGILO DE DADOS. ART. 157 DO CPP.

1. É inequivocamente nula a obtenção de dados existentes em aparelhos de telefonia celular ou em outros meios de armazenamento de dados, sem autorização judicial, ressalvada, apenas, excepcionalmente, a colheita da prova através do acesso imediato aos dados do aparelho celular, nos casos em que a demora na obtenção de um mandado judicial puder trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito.

2. É nulo o laudo pericial elaborado por requisição direta da autoridade policial no curso da investigação, sem autorização judicial, com obtenção de registros de chamadas, mensagens de texto com a transcrição de seus conteúdos, dados de georeferenciamento, além de eventos de calendário e fotos, em verdadeira devassa de dados privados.

3. Recurso provido" (REsp n. 1.661.378/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 30/05/2017).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ACESSO DE MENSAGENS DE TEXTO VIA WHATSAPP. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. ART. 5º, X E XII, DA CF. ART. 7º DA LEI N. 12.965/2014. NULIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial.

2. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da internet no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, bem como de suas comunicações privadas armazenadas.

3. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).

4. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audível, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

5. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso é exigido prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa whatsapp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.

6. Recurso em habeas corpus provido para declarar nula as provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial, determinando que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue ao denunciado do material decorrente da medida" (RHC n. 75.055/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 27/3/2017).

A insigne Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, no voto condutor do acórdão proferido no **REsp n. 1.661.378/MG**, ao interpretar o art. 1° da Lei n. 9.296/96, o art. 3° da Lei n. 9.472/97 e o art. 7° da Lei n. 12.965/14, assim se manifestou sobre a questão:

"Da letra dos dispositivos de lei federal em comento, vê-se que as citadas normas protegem não apenas a quebra do sigilo telefônico, que ocorre por meio da captação de conversa telefônica no momento em que ela está ocorrendo, mas também a violação das comunicações privadas armazenadas, vale dizer, a obtenção de outros dados já existentes em aparelhos de telefonia celular ou outros meios de armazenamento de dados.

[...]

Do exposto resulta que é inequivocamente nula a obtenção de dados existentes em aparelhos de telefonia celular ou em outros meios de armazenamento de dados, sem autorização judicial, ressalvada, apenas, excepcionalmente, a colheita da prova através do acesso imediato aos dados do aparelho celular, nos casos em que a demora na obtenção de um mandado judicial puder trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

vítima do delito.

[...]

Ocorre, contudo, que diversamente da hipótese mencionada no precedente do Supremo Tribunal Federal invocado pelo acórdão recorrido, em que fora efetuada 'pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos', no presente caso, ao que se tem, foi elaborado laudo pericial com obtenção não apenas dos registros de chamadas, mas também das mensagens de texto SMS, com a transcrição de seus conteúdos, além de dados de georeferenciamento, eventos de calendário, fotos, etc (cf. fl. 406/461)

Trata-se, com efeito, de verdadeira devassa de dados, com transcrições de conversas, obtidas diretamente pela polícia, sem prévia autorização judicial, resultando inequívoca a nulidade da prova produzida.

E é pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é ilícita a prova produzida a partir de dados constantes em aparelho celular, consistentes em registros de ligações, mensagens de texto SMS, conversas em aplicativos de mensagem como whatsapp, mídias de áudio e fotos, obtidos diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial."

Ademais importante ressaltar que a jurisprudência das duas Turmas da **Terceira Seção** deste **Tribunal Superior** firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ("WhatsApp"), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel.

Nesse diapasão, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR (MENSAGENS DO APLICATIVO WHATSAPP) DURANTE A PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DAS PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. RECURSO PROVIDO.

I - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova oriunda do acesso aos

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (WhatsApp), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

II - In casu, os policiais civis obtiveram acesso aos dados (mensagens do aplicativo WhatsApp) armazenados no aparelho celular do corréu, no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial, o que torna a prova obtida ilícita, e impõe o seu desentranhamento dos autos, bem como dos demais elementos probatórios dela diretamente derivados.

III - As instâncias ordinárias fundamentaram a prisão preventiva do recorrente nos indícios de materialidade e autoria extraídos a partir das conversas encontradas no referido celular, indevidamente acessadas pelos policiais, prova evidentemente ilícita, o que impõe a concessão da liberdade provisória.

Recurso ordinário provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas obtidas por meio de acesso indevido aos dados armazenados no aparelho celular, sem autorização judicial, bem como as delas diretamente derivadas, e para conceder a liberdade provisória ao recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão preventiva, desde que fundamentada em indícios de autoria válidos" (RHC n. 92.009/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 16/04/2018).

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE PROCESSUAL. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE TELEFONE CELULAR APREENDIDO. MENSAGENS DE WHATSAPP. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE CONSTATADA. PROVAS INADMISSÍVEIS. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça considera ilícita o acesso aos dados do celular e das conversas de whatsapp extraídas do aparelho celular apreendido em flagrante, quando ausente de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Precedentes: RHC 89.981/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2017; RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, , DJe 09/05/2016.

No caso, a obtenção dos dados telefônicos do recorrente se deu em violação de normas constitucionais e legais, a revelar a inadmissibilidade da prova, nos termos do art. 157,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

caput, do Código de Processo Penal, de forma que, devem ser desentranhadas dos autos, bem como aquelas derivadas, devendo o Magistrado de origem analisar o nexo de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário em habeas corpus provido para reconhecer a ilicitude da colheita de dados dos aparelhos telefônicos (conversas de whatsapp), sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos, competindo ao Magistrado de origem analisar o nexo de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal" (RHC n. 73.998/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe de 19/02/2018).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO AOS DADOS CONTIDOS NOS APARELHOS TELEFÔNICOS DOS ACUSADOS SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA. VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE. COAÇÃO ILEGAL CONFIGURADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A proteção contida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal restringe-se ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, não abrangendo os dados já armazenados em dispositivos eletrônicos.

2. Não obstante os dados armazenados em aparelhos eletrônicos, notadamente em telefones celulares, não se encontrem albergados pela proteção contida no inciso XII do artigo 5º da Lei Maior, não há dúvidas de que, consoante o disposto no inciso X do mencionado dispositivo constitucional, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, não se admitindo, assim, que sejam acessados ou devassados

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

indiscriminadamente, mas apenas mediante decisão judicial fundamentada. Doutrina. Jurisprudência.

3. No caso dos autos, verifica-se que os policiais militares responsáveis pela abordagem e prisão em flagrante dos increpados acessaram o conteúdo de seus aparelhos de telefone celular sem que houvesse prévia autorização judicial, o que revela a ilicitude da prova obtida com a medida.

3. A nulidade de tais elementos de convicção não enseja o trancamento da ação penal, uma vez que a prisão em flagrante dos réus não se baseou exclusivamente em tais provas, decorrendo, ao contrário, da prévia informação obtida pela Polícia Militar de que ambos estariam fazendo a prestação de contas do tráfico no local, tendo sido encontrado, no interior do veículo em que estavam, anotações referentes ao balancete do narcotráfico.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o desentranhamento dos autos dos dados extraídos dos aparelhos celulares dos acusados sem prévia autorização judicial" (HC n. 366.302/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 19/12/2017).

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO E QUADRILHA. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp).

2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos" (RHC n. 89.981/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/12/2017).

"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 ELENCADA 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 protrai 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.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

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.

[...]

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 n. 67.379/RN, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 9/11/2016).

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. CONFIGURAÇÃO. ACESSO A DADOS DE TELEFONE CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA CASSADA. DIREITO DE RESPONDER À AÇÃO PENAL EM LIBERDADE. CONCESSÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme ao considerar ilícito o acesso direto da polícia a informações constantes de aparelho celular, sem prévia autorização judicial. Precedentes.

2. Hipótese em que a autoridade policial realizou perícia no telefone móvel do acusado e obteve os registros telefônicos e o histórico de conversas via Whatsapp.

3. A afirmação do Juízo sentenciante de que a defesa não comprovou a ausência de consentimento do réu para a submissão de seu aparelho celular a exame pericial constitui indevida inversão do ônus da prova e, por esse motivo, deve ser desconsiderada.

4. Não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório produzido a partir da juntada do laudo pericial. Apenas são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo se não ficar evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou se as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157, § 1º, do CPP).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

5. O réu foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em decisão já transitada em julgado, a evidenciar a impossibilidade do aumento de tal reprimenda em caso de novo decreto condenatório, porquanto vedada a reformatio in pejus indireta.

6. É desproporcional a manutenção da custódia preventiva do réu, sobretudo porque o período de prisão cautelar - desde 13/11/2016 (decretação) até 23/5/2018 (trânsito em julgado) - corresponde à quase totalidade da pena estabelecida.

7. Recurso provido, nos termos do voto do relator" (RHC n. 89.385/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 28/08/2018, grifei).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXCESSO DE PRAZO. ALVARÁ SOLTURA. WRIT PREJUDICADO. NEGATIVA DE AUTORIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO DE DADOS DE APLICATIVO CELULAR WHATSAPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A questão referente à alegação de excesso de prazo encontra-se superada diante da expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

2. A via estreita do habeas corpus, ação constitucional de rito célere e cognição sumária, não comporta discussão de negativa de autoria, por demandar o revolvimento fático-probatório, devendo a coação ser manifestamente ilegal.

3. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

4. Recurso em habeas corpus parcialmente provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos" (RHC n. 76.510/RR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 17/4/2017, grifei).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.PROCESSO PENAL. ACESSO A DADOS DE APLICATIVO CELULAR 'WHATSAPP' SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE. NULIDADE DA PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS.

1. A extração de dados de aparelho celular sem

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

autorização judicial viola o artigo 157 do Código de Processo Penal, devendo a prova ser desentranhada dos autos se da hipótese não se depreende qualquer fundamento que possa justificar a urgência, em caráter excepcional, do acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular.

2. O prévio trabalho investigativo das autoridades policiais, que culminou com a identificação do fato e de seus autores, bem assim como o indiciamento do recorrente, não resta contaminado pelo posterior acesso não autorizado aos dados do aparelho celular, bastando o desentranhamento dos autos dos documentos extraídos do aparelho celular e a supressão do parágrafo final dos depoimentos policiais, que fizeram referência ao conteúdo das conversas via whatsapp.

3. Recurso parcialmente provido" (RHC n. 76.324/DF, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 22/2/2017).

Firmados esses pontos, **de plano se constata a ilegalidade das provas diretamente obtidas mediante acesso ao aparelho telefônico do corréu**, **uma vez que este se deu sem prévia autorização judicial**.

De outro lado, destaque-se que, consoante a firme jurisprudência desta Corte Superior, *"a ilicitude da prova, por reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), salvo se não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (Teoria da Fonte Independente) ou, mesmo que haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (Teoria da Descoberta Inevitável)"* (EDcl no RHC n. 72.074/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 4/12/2017).

A regra de exclusão (**exclusionary rule**) das provas derivadas das ilícitas consubstanciada na **teoria da descoberta inevitável** (**inevitable discovery**), que tem origem no direito norte-americano, foi recebida no ordenamento jurídico brasileiro pelo **art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal**, incluído pela Lei n. 11.690/08, que prevê:

"Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

constitucionais ou legais.

§ 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.

§ 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."

Desse modo, a prova que, embora tenha sido derivada de outra prova ilícita, seria, entretanto, infalivelmente obtida pelo desenvolvimento regular, lícito e ordinário das atividades investigativas não se macula pela ilicitude da prova originária e, portanto, se preserva como fonte idônea para comprovação de materialidade e de autoria delitiva.

In casu, as instâncias ordinárias foram exaustivas em afirmar que os policiais receberam denúncia anônima de que a ora paciente estava envolvida com o tráfico ilícito de entorpecentes. Além disso, os mesmos policiais afirmaram que há meses monitoravam os passos dos réus, inclusive, da paciente. De mais a mais, ressalte-se que o usuário de droga – Ederson -, encontrado anteriormente na residência do réu Vanderlei ("boca de fumo") no dia da prisão em flagrante da paciente, foi, posteriormente, também, encontrado na casa da paciente por ocasião da prisão em flagrante dela.

Diante desse cenário, a prova que liga a paciente – Aline – ao corréu Luciano prescinde da prova obtida por meio da análise do celular deste. Isso porque os passos da paciente eram seguidos de perto pelos policiais, os quais há meses investigavam ela e os corréus.

Em relação ao pedido de absolvição da prática do crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, dos excertos transcritos, verifica-se que a Corte de origem atestou a prática da associação para o tráfico, destacando a confissão extraprocessual da acusada, os depoimentos dos policiais, as circunstâncias da prisão em flagrante.

Desta feita, afastar a condenação do delito de associação para o tráfico, como pretende a defesa, demanda reexame de provas, medida

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

interditada na via estreita do **habeas corpus**.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FINANCIAMENTO DO TRÁFICO. RECURSO ESPECIAL PELA DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ACÓRDÃO PARADIGMA EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA ORAL JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2.* ***A Corte estadual, com fundamento nos elementos do caderno fático-probatório, entre eles os testemunhos policiais e os resultados das diligências de busca e apreensão e de interceptação telefônica, concluiu pela comprovação da autoria e da materialidade dos crimes de associação para o tráfico e de financiamento do tráfico. A revisão da condenação exigiria, portanto, amplo reexame fático-probatório, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n.º 7/STJ****.*
>
> *[...]*
>
> *4. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp n. 1804625/RO, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe 05/06/2019, grifei).

> *"PENAL.* ***HABEAS CORPUS*** *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO.DOSIMETRIA. TRÁFICO DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA.NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE DOS CRIMES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. POSIÇÃO DE LIDERANÇA. FUNDAMENTAÇÃO ESCORREITA. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PLEITO PREJUDICADO. NÃO ALTERAÇÃO DO* ***QUANTUM*** *DA PENA.PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "A", DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.* ***HABEAS CORPUS*** *NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2.* ***As instâncias ordinárias, com base no exame***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

> ***exauriente das provas dos autos, sobretudo as circunstâncias do delito, entenderam que o paciente praticava tráfico e associação para o tráfico de drogas. Ademais, para se afastar a materialidade do delito de associação para o tráfico, é necessário o reexame aprofundado de provas, inviável em sede de habeas corpus.***
>
> *[...]*
>
> *5.* ***Habeas corpus*** *não conhecido."* (HC n. 502.868/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 20/05/2019, grifei)

No que concerne à dosimetria, nota-se que a Corte de origem afastou o desvalor das circunstâncias do crime, pois o magistrado de piso utilizou elementos ínsitos ao tipo penal para negativar a referida vetorial. Contudo, o Tribunal local manteve a exasperação da pena-base, tendo em vista a natureza do entorpecente apreendido (crack).

Ciente disso, importa assinalar que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, **dentro da discricionariedade juridicamente vinculada**, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no **caput** do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; **antecedentes**; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Além disso, não se admite a adoção de um **critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, **como ocorreu no presente caso.**

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte Superior:

> *"**HABEAS CORPUS**. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REAL ABALO PSICOLÓGICO SOFRIDO PELAS VÍTIMAS, INCLUSIVE AS CRIANÇAS. TERCEIRA FASE. **QUANTUM** DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *1. Não há ilegalidade na fixação da pena-base se o Juiz justificou concretamente a medida em razão das consequências do delito, dado o abalo emocional sofrido pelas vítimas, inclusive as crianças, mantidas sob a mira de revólver municiado, engatilhado e manuseado pelo agente com dedo no gatilho. Não se trata de presunção ou motivação abstrata, mas de concreta justificativa. O Tribunal de origem inclusive destacou que a família submete-se a tratamento psiquiátrico desde os fatos até a atualidade, indicando os reflexos no cotidiano das crianças, que sofrem dificuldade de sono e sensação de medo constante. Considerando o mínimo e o máximo previsto para o tipo penal, não se constata desproporcionalidade. **Esta Corte já decidiu que o quantum de acréscimo não depende da quantidade de circunstâncias judiciais, mas sim de adequada motivação. Não se trata de critério matemático**.*
>
> *2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo da pena na terceira fase da dosimetria requer a devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte.*
>
> *3. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de reduzir a pena aplicada aos pacientes para 8 (oito) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão"* (**HC** n. 387.992/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 15/5/2017 - grifei).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. APLICAÇÃO DO **QUANTUM** DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OFENSA À RAZOABILIDADE NÃO VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.*

[...]

2. O elevado valor do prejuízo causado à vítima - R$ 70.000,00 - mostra-se devidamente justificado para o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se dá com base em critérios matemáticos, tendo em vista que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, conforme estabelece o princípio do livre convencimento motivado.

4. Não se verifica violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão, em decorrência da valoração negativa de uma circunstância judicial (consequência do crime), para o delito previsto no art. 155, § 4º, do CP, cuja pena em abstrato varia de 2 a 8 anos.

5. Agravo regimental improvido" (AgInt no **HC** n. 377.446/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 20/4/2017 - grifei).

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

Os artigos 544 e 557 do Código de Processo Civil/73, aplicável subsidiariamente na área penal, autorizam ao relator apreciar de forma unipessoal recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, justamente o que se verificou no presente caso, em que se negou provimento ao agravo em recurso especial pois a pretensão recursal exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inexistindo, portanto ofensa ao princípio da colegialidade.

*HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. **CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTE DOS AUTOS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE.***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

FUNDAMENTAÇÃO EXPLICITADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE VÍCIO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na condenação, atento às peculiaridades do caso, deve o magistrado sentenciante guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no "caput" do artigo 59 do Código Penal, inexistindo critério puramente objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador.

2. Utilizada fundamentação concreta para a majoração da pena-base a título de culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime, não há irregularidade na dosimetria da pena.

3. Não há vício no acórdão recorrido que explicita os fundamentos adotados na sentença condenatória ensejadores da majoração da pena-base.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 759.277/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/8/2016 - grifei).

Nesse contexto, observa-se que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, levaram em consideração a alta lesividade do entorpecente apreendido - **crack** -, elemento idôneo a justificar a elevação da pena-base.

Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a defesa, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que, há muito tempo, a jurisprudência do STJ considera lídimo o recrudescimento da pena-base, tendo em vista **a natureza da substância entorpecente**.

A propósito:

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART .33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DO TRÁFICO. INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **HABEAS***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

***CORPUS** DE OFÍCIO. ILEGALIDADE INEXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. **O aumento da pena-base do crime de tráfico foi fundamentado na natureza da droga apreendida, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tal circunstância em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal - CP**.*

[...]

Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp n. 1708591/TO, **Quinta Turma** Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 10/08/2018, grifei).

"***HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA. DESPROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O AUMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*3. **No caso, a pena-base foi exasperada em razão da natureza da droga apreendida, justificativa idônea para o aumento realizado**.*

[...]

*8. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas da paciente."* (HC n. 368.262/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 06/11/2017, grifei).

"***HABEAS CORPUS**. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. (I) REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS. (II) AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO SENTENCIANTE. POSSIBILIDADE. ART. 385 DO CPP.*

[...]

*2. **Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, suficiente a motivar a exasperação da pena-base a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado - crack. Precedentes**.*

[...]

*6. **Habeas corpus** denegado."* (HC n. 381.590/SC,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

Sexta Turma, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe 13/06/2017, grifei).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA (CRACK). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. .CONDENAÇÃO ANTERIOR. PERÍODO DE TEMPO SUPERIOR A CINCO ANOS. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006.*
>
> *I - **A exacerbação da pena-base fundamentada na natureza do entorpecente apreendido (crack), atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006**.*
>
> *[...]*
>
> *Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp n. 726.177/DF, **Quinta Turma**, **de minha relatoria**, DJe 20/11/2015, grifei).

Por fim, no que tange ao regime inicial, cumpre destacar que *"**é pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo**"* (HC n. 452.147/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 14/08/2018).

Na hipótese em foco, verifica-se que o entorpecente apreendido é de **alta ofensividade (crack)**. Além disso, a **traficância** ocorreu em **contexto de associação**, situação devidamente apurada nos autos, restando a ora **paciente condenada nas iras do art. 35 da Lei de Drogas**. Ademais, há notícia nos autos de que a paciente já fora presa anteriormente por crime de tráfico ilícito de entorpecentes (fl. 631).

Portanto, nota-se a presença de elementos concretos para a imposição de regime mais gravoso – art. 33, § § 2°, "a", 3°, do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006 -, não sendo o modo mais gravoso estribado em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício**, a fim de, tão somente, reconhecer a nulidade da prova obtida por meio do celular do corréu Luciano, **mas sem nenhum reflexo no édito condenatório**.

P. e I.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 0AF3B95B-CC23-4B56-AB2B-D6E2DAEC4995