



Apelante: [REDACTED]

Apelante: [REDACTED]

Apelante: [REDACTED]

Advogado: [REDACTED]

Apelante: [REDACTED]

Advogado: DANIEL SANCHEZ BORGES (Ativo)

Advogado: BRUNO CASTRO DA ROCHA (Ativo)

Advogado: ANA CAROLINA TAVARES DE MEDEIROS (Ativo)

Apelante: [REDACTED]

Apelante: [REDACTED]

Advogado: [REDACTED]

Corréu: [REDACTED]

(Proc. desmembrado 0001673-42.2018.8.19.0018 – pasta 644)

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relator: DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO

APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU PRESOS. CONDENAÇÕES PELOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11343/06), POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO (ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03) E OCULTAÇÃO DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES (ARTIGO 14, CAPUT, DA LEI 10.826/03) COM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. APELOS DEFENSIVOS. PRELIMINARES. MÉRITO COM PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO E SUBSIDIÁRIOS DE DESCLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 14, CAPUT E 16, CAPUT, AMBOS DA LEI 10.826/03 PARA A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTO NO ARTIGO 40, INCISO IV DA LEI 11.343/06, ALÉM DA REDUÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA.

PRELIMINARES

Da ilicitude das provas obtidas mediante violação de domicílio, bem como de todas as provas que dela derivaram.

se o aparato policial tinha indicação da possível reunião de pessoas ligados ao tráfico de drogas e à suposta existência de um verdadeiro paiol de armamentos, a providência legal e esperada seria pleitear judicialmente mandado de busca e apreensão, sendo de se notar que a Justiça funciona ininterruptamente em nosso Estado. Ao reverso, optaram os agentes da autoridade pelo caminho exploratório mais fácil, que assim, contamina a prova colhida como se verá adiante.

No caso dos autos, a prova oral colhida em Juízo esclarece que os policiais que participaram da operação foram movidos por informações que davam detalhes dos locais onde integrantes da facção criminosa ADA, oriundas de Macaé, estariam se escondendo. Que conseguiram



identificar essa residência e decidiram fazer o cerco, que a casa era aparentemente abandonada e que a porta estava aberta e dentro dela estava os acusados o UESLEI no sofá da sala e o LUÍS FERNANDO no quarto. Em revista a residência foram encontrados a quantia de R\$ 215,00. Que junto desse valor, havia três papéis com anotações do tráfico, cinco munições de calibre 9mm e uma munição calibre 22.

Pouco importa o desdobramento da ação, viciada a ação originária, daí decorre a nulidade e contaminação de toda a prova restante.

Sabe-se que tanto o crime posse, porte e ocultação de arma de fogo e o crime de associação para o tráfico ilícito de drogas são de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, desta forma, enquanto o agente mantém em sua guarda armas e munição ou se mantém associado para a prática da traficância estará em estado de flagrância, permitindo sua prisão em flagrante, independentemente de mandado de busca e apreensão.

Volte-se ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados” [STF, RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j: 8/10/2010].

Assim, ainda que se trate de crime permanente, necessária é a existência de fundamentos razoáveis anteriores à busca para justificar o ingresso na residência do agente sem autorização judicial, o que não se verificou na espécie.

Não houve no presente caso condição alguma prévia que demonstrasse que os apelantes estivessem praticando algum crime no interior da sua residência, mantendo/guardando armas e munições.

O contexto fático anterior à entrada dos policiais na residência não evidenciou a existência de “fundadas razões” que justificasse o sacrifício do direito à inviolabilidade do domicílio, e a mera atividade exploratória da polícia, como dito acima, somente poderia ser referendada se amparada por pedido de busca e apreensão. Essa seria a conduta permitida pelo Direito.

Dessa forma, in casu, a prova obtida por meio da busca e apreensão é ilícita, por ofender o que dispõe o artigo 5º inciso XI da CRFB/88 e, portanto, devem ser consideradas nulas, assim como todas as que delas decorreram, inclusive a série de “confissões espontâneas”.

Precedentes: - HC 609.072/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 15/10/2020;



RHC 89.853/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020; RHC 83.501/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018; REsp 1.593.028/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020; AgInt no HC 530.272/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 18/06/2020.

Reconhecida, portanto, a nulidade da prova colhida, a materialidade não se encontra comprovada

Da ilicitude das provas obtidas mediante suposta violação das comunicações dos aparelhos celulares dos acusados UESLEI e LUÍS FERNANDO.

A prova oral produzida pela acusação sugere que os acusados UESLEI e LUÍS FERNANDO quando questionados a respeito da existência de arma de fogo, responderam que não havia arma e nem drogas e, para comprovarem suas alegações, mostraram seus aparelhos celulares e para serem visualizados o conteúdo há a necessidade de colocação de senha, o que foi informado pelos acusados aos policiais, que então tiveram acesso as mensagens em áudio e texto dos aparelhos celulares dos acusados.

Ora, aqui também andou mal a acusação e a atividade policial mal gerida contaminou toda a prova daí oriunda.

Com efeito, cediço que é ilícita a prova obtida diretamente de dados constantes no aparelho celular decorrente do acesso ao conteúdo das conversas por meio de aplicativos (WhatsApp), obtidos diretamente pela polícia sem prévia autorização judicial, ou por vontade viciada do titular do meio de comunicação, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça.

Precedentes: AgRg no HC 516857 / SP - AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2019/0179310-9 - Relator(a) Ministro RIBEIRO DANTAS (1181) - Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA - Data do Julgamento 12/05/2020 - Data da Publicação/Fonte DJe 18/05/2020; REsp 1755974 / MT - RECURSO ESPECIAL 2018/0184406-3 - Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) - Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 12/03/2019 - Data da Publicação/Fonte DJe 29/03/2019

Não cabe aqui a alegação de que o acesso ao aparelho celular foi “franqueado” aos policiais militares, posto que, conforme bem esclarecido nos depoimentos acima mencionados, os acusados já estavam presos.

Como se vê, não se pode de forma alguma reconhecer que o acesso ao conteúdo das conversas foi autorizado de forma voluntária e CONSENTIDA.

Assim, constata-se a ilegalidade das provas diretamente obtidas mediante acesso ao conteúdo das mensagens no aparelho telefônico



da suposta compradora, visto que tal acesso se deu sem prévia autorização judicial e mediante “coação” dos policiais militares.

Inegável a ilicitude da prova obtida no caso em tela, pois produzida sem a devida autorização judicial, em flagrante violação ao artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, a ilicitude da prova alcança necessariamente aquelas dela derivadas, preconizada pela Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Dessa sorte, as demais provas constantes nos autos se maculam pela ilicitude da prova originária, posto que derivam exclusivamente da ação dos policiais, não se podendo olvidar que não há outros elementos de prova acerca da autoria do delito.

Assim, as preliminares devem ser acolhidas.

Mesmo que assim não fosse, a própria denúncia pelo crime de associação para o tráfico ilícito de drogas não resiste à mínima análise.

PRELIMINARES ACOLHIDAS.

RECURSOS DEFENSIVOS PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Criminal nº 0035680-72.2018.8.19.0014**, em que são Apelantes [REDACTED], [REDACTED] e Apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,

A C O R D A M os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade**, nos termos do voto do Desembargador Relator, em **ACOLHER AS PRELIMINARES arguidas pelas defesas dos apelantes E DAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DEFENSIVOS para ABSOLVER TODOS OS APELANTES DAS IMPUTAÇÕES MOVIDAS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR** com expedição de alvarás de soltura em seu favor

Rio de Janeiro, na data constante da assinatura digital.

Desembargador **JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO**
Relator



Apelante: IAN CHAVES BARBOSA

Apelante: WICTOR DOS SANTOS VEIGA COELHO

Apelante: LUIS GUSTAVO CARVALHO DA CONCEIÇÃO ALMEIDA

Advogado: THIAGO ROCHA DA SILVA (Ativo)

Apelante: RHUÃ ALBERTO SILVA TEIXEIRA

Advogado: DANIEL SANCHEZ BORGES (Ativo)

Advogado: BRUNO CASTRO DA ROCHA (Ativo)

Advogado: ANA CAROLINA TAVARES DE MEDEIROS (Ativo)

Apelante: LUIS FERNANDO DA SILVA OLIVEIRA

Apelante: UESLEI DA SILVA LEITE

Advogado: DEFENSORIA PUBLICA

Corréu: YAGO ROZEMBLIK HONORATO DIAS (foragido)

(Proc. desmembrado 0001673-42.2018.8.19.0018 – pasta 644)

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relator: DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO

R E L A T Ó R I O

O Ministério Público deste Estado, em 10/01/2019, ofereceu Denúncia em face de:

1ºDenunciado: [REDACTED], como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigos 16, caput e 14, caput, ambos da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal;

2ºDenunciado: [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigo 16, caput, da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal;

3ºDenunciado: [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigo 16, caput, da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal;

4ºDenunciado: [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigo 14, caput, da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal;

5ºDenunciado: [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigo 14, caput, da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal;

6ºDenunciado: [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigo 16, caput, da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal;



7º Denunciado: [REDACTED]
(FORAGIDO) como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigo 16, caput, da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal

Pelos seguintes fatos, assim descritos na exordial (pasta 02):

DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS
(os sete denunciados)

Em data que não se pode precisar, mas por um período de tempo que perdurou por alguns meses, durante o segundo semestre do ano de 2018 até o dia 07 de dezembro do mesmo ano, **os denunciados**, livres e conscientemente, **associaram-se, de forma estável e permanente, entre si** bem como a outros indivíduos não identificados nos autos presentes, todos integrantes da facção criminosa denominada "Amigos dos Amigos" (ADA), **para o fim de praticarem, de forma reiterada, o crime de tráfico de drogas** nos bairros da Rhódia e Balancé.

As referidas localidades, historicamente, haviam sido dominadas por integrantes da facção criminosa Amigos dos Amigos (ADA), até que, em meados de 2016, o nacional Girllian José Pereira Santiago, vulgo "Bebel", antigo integrante da referida facção, o qual encontrava-se preso, cumprindo pena pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico praticados naquela localidade, resolveu mudar de facção, passando a integrar a facção criminosa Terceiro Comando Furo (TCP).

Por esta razão, Girllian, tão logo posto em liberdade, deu início, com apoio de diversos outros indivíduos, *à nefasta e* sangrenta "guerra do tráfico", objetivando tomar o bairro da Rhódia em favor de sua nova facção (TCP), passando a praticar diversos atentados contra a vida dos integrantes da ADA que atuavam naquele bairro bem como no vizinho bairro do Balancé, que estavam carentes de liderança, já que seus principais líderes ou estavam presos, como o ora 1º denunciado, ou foragidos, como os conhecidos traficantes Frank Roberto Bersot e Agapito de Souza Silva.



Em razão de tais atentados praticados por Gírllian, o mesmo acabou sendo novamente preso em flagrante. Contudo, Gírllian havia conseguido implantar a facção criminosa Terceiro Comando Puro (TCP) nos seus antigos redutos do tráfico, quais sejam os bairros da Rhódia e Balancé, tendo o domínio desta facção permanecido no local sem maiores intercorrências nos últimos dois anos, até que, no início do mês de dezembro de 2018, o **1º denunciado**, conhecido como "Chuck", que encontrava-se foragido do sistema penitenciário, após ter descumprido o benefício de saída temporária do dia dos pais, deu início à nova "guerra do tráfico", com o intuito de retomar seus antigos pontos de venda de drogas nos bairros da Rhódia e Balancé.

Para obter êxito em sua empreitada criminosa, o **1º denunciado** buscou e conseguiu apoio de outros integrantes da facção criminosa ADA que atuavam na cidade de Macaé, município onde esta facção, há longos anos, domina diversos bairros, entre eles os bairros das Malvinas, Nova Holanda, Nova Esperança e Fronteira, conhecidos como sendo os mais perigosos e violentos da cidade.

Após reunir diversos traficantes de Macaé, entre eles o **2º e 3º denunciados** e angariar novos integrantes para a facção criminosa nesta cidade, quais sejam, o **4º, 5º, 6º e 7º denunciados**, o **1º denunciado**, como líder da facção, no início de dezembro de 2018 ordenou os ataques aos integrantes da facção criminosa rival, TCP, nos bairros da Rhódia e Balancé, tendo o grupo, após alguns dias de batalha, retomado o domínio dos pontos de venda de drogas, existentes nas duas localidades.

Embora tivesse retomado o domínio sobre os bairros da Rhódia e Balancé, o **1º denunciado**, não conseguiu permanecer na clandestinidade, tendo sido o mesmo preso no dia 05/12/2018, por Policiais Militares lotados no DPO local, em razão de mandado de prisão expedido pela Vara de Execuções Penais (vide R.O. 122-00633-2018 - fls. 80/81).

Contudo, antes de ser preso, o **1º denunciado**, após ter retomado os referidos pontos de venda de drogas, havia entregue as armas e outros materiais ilícitos utilizados na traficância, pertencentes à facção, aos seus comparsas, que ficaram responsáveis pela ocultação dos mesmos.



DO CRIME DE POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO

(2º e 3º denunciados, sob o comando do 1º)

Assim é que, no dia 07 de dezembro de 2018, por volta das 06:00 horas, no interior da residência situada na Rua João Gomes Peçanha, nº 69, bairro Balancê, nesta cidade, o **2º e 3º denunciados** foram presos em flagrante delito por Policiais Militares lotados no DPO local porque, em comunhão de ações e designios com o **1º denunciado, possuíam e mantinham sob sua guarda, sem autorização legal ou regulamentar, 05 (cinco) munições calibre 9mm, de uso restrito, exclusivo das forças armadas, e 01 (uma) munição calibre 22**, que foram devidamente apreendidas, conforme auto de fls. 20/21 e encaminhadas para perícia, cujo laudo será acostado aos autos em momento oportuno.

Na ocasião dos fatos, a Polícia Militar havia recebido informações anônimas dando conta de que os traficantes de drogas ligados à facção criminosa ADA teriam invadido um imóvel no bairro Balancê, cuja localização exata foi informada para os Agentes.

De posse destas informações, os Militares diligenciaram no local indicado na denúncia e, após fazerem um cerco ao imóvel, observaram que a porta da cozinha estava apenas encostada, razão pela qual, diante do teor das informações, havendo indícios suficientes da prática de crime permanente, os Agentes ingressaram no imóvel e encontraram o **2º e o 3º denunciados** ainda dormindo.

Indagados acerca da existência de material ilícito no local, o **2º denunciado** informou para os Agentes que ao lado do sofá havia dinheiro, fruto da traficância praticada pelos mesmos. Realizada busca no local indicado, os Agentes encontraram a quantia de R\$ 215,00 (duzentos e quinze) reais, 03 (três) pedaços de papel contendo anotações do tráfico de drogas, além das munições antes descritas, dando azo à prisão em flagrante dos mesmos.

Após o encontro do material ilícito antes descrito, os Agentes continuaram a indagar ao **2º e 3º denunciados** sobre o local onde os mesmos estariam guardando entorpecentes, momento em que o **2º denunciado**, após afirmar que todo o entorpecente que possuíam havia sido comercializado na noite anterior, franqueou aos Policiais o acesso ao seu aparelho de telefonia celular, o qual continha mensagens suas para outros traficantes pedindo mais entorpecente para venda.

Durante a análise do conteúdo das mensagens constantes do celular pertencente ao 2º denunciado, os Policiais encontraram mensagens de áudios enviadas pelo 1º denunciado, informando a localização de duas armas de fogo pertencentes à facção criminosa, quais sejam, um revólver em poder de Ian, irmão de Wyliana, e uma pistola em poder de Gustavo, tendo os PMs, imediatamente, saído em diligência com vista a localizar e arrecadar as armas de fogo, bem como identificar e prender em flagrante os demais integrantes a facção criminosa que encontravam-se em poder das mesmas.

DO CRIME DE OCULTAÇÃO DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES
(4º e 5º denunciados, sob o comando do 1º)

Após a prisão em flagrante do 2º e 3º denunciados, ainda na manhã do dia 07 de dezembro de 2018, a Polícia Militar prendeu em flagrante delito o 4º e 5º denunciados porque, em comunhão de ações e designios com o 1º denunciado, **ocultavam sem autorização legal ou regulamentar, 01 (um) revólver calibre 38, marca e número de série não identificados e 06 (seis) munições calibre 38, que foram devidamente apreendidas, conforme auto de fls. 20/21 e encaminhadas para perícia, cujo laudo será acostado aos autos em momento oportuno. O revólver encontrava-se na casa em que residia o 5º denunciado e as munições na casa em que residia o seu avô, ambas situadas no mesmo imóvel da Rua D, nº 35, bairro da Rhódia, nesta cidade.**

Naquela manhã, com base nas informações anteriormente obtidas através do aparelho de telefonia celular encontrado em poder do 2º denunciado, as duas Guarnições da Polícia Militar dividiram-se, ficando cada uma com a incumbência de

identificar e localizar Ian e Gustavo, bem como arrecadar os armamentos.

Os Agentes de uma guarnição logo descobriram a identificação e o paradeiro de Ian, 4º denunciado, o qual encontrava-se no Centro da cidade, na Padaria do Willian. Devidamente abordado e confrontado com o teor das mensagens enviadas pelo 1º denunciado, o 4º denunciado assumiu que estava em poder do revólver, o qual, segundo ele, estaria escondido na casa do 5º denunciado.

Após o encontro da arma, o 5º denunciado informou que as munições do revólver estavam na casa ao lado, pertencente ao seu avô, tendo os Agentes diligenciado no local e arrecadado as 06 (seis) referidas munições calibre 38, intactas.



DO CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO E
DE MUNIÇÕES, AMBAS DE USO RESTRITO
(6º e 7º denunciados, sob o comando do 1º)

Após a prisão do 4º e 5º denunciados, ainda na manhã do dia 07 de dezembro de 2018, a Polícia Militar prendeu em flagrante delito o 6º denunciado porque, em comunhão de ações e desígnios com o 1º e 7º denunciados, **possuía e mantinha sob sua guarda**, no interior de sua residência situada na Rua Moacir Caldas, nº 65, bairro da Garapa, nesta cidade, **sem autorização legal ou regulamentar, uma pistola calibre 9mm, marca Taurus, com número de série suprimido, 11 (onze) munições calibre 9mm e 02 (dois) carregadores de pistola**, que foram devidamente apreendidas, conforme auto de fls. 20/21 e encaminhadas para perícia, cujo laudo será acostado aos autos em momento oportuno.

Conforme já revelado no início da presente, com base nas informações obtidas no aparelho de telefonia celular do 2º denunciado, uma guarnição da Polícia Militar conseguiu identificar o nacional Gustavo, mencionado nas mensagens enviadas pelo 1º denunciado como sendo o indivíduo que estava em poder de uma pistola, tratando-se do 6º denunciado.

Diante da identificação, os PMs diligenciaram na residência do 6º denunciado, que encontrava-se no local, ocasião em que o mesmo, ao ser confrontado com o teor das mensagens enviadas pelo 1º denunciado, assumiu que estava em poder da pistola e das munições, afirmando, ainda, que recebera o material bélico do 7º denunciado, conhecido como "Game Ber".

A Polícia Militar ainda diligenciou na residência do 7º denunciado, com o objetivo de prendê-lo em flagrante, mas o mesmo não foi localizado, tendo sido arrecado no imóvel a quantia de R\$ 1.619,00, cuja origem lícita não foi comprovada pela companheira do mesmo, que encontrava-se no imóvel.

Decisão de 08/12/2018, convertendo a prisão em flagrante dos acusados

em prisão preventiva (pasta 119).

Decisão de 17/01/2019 determinando a notificação dos denunciados, deferindo a quebra do sigilo de dados nos aparelhos celulares apreendidos, decretando a prisão preventiva do acusado RHUÃ e indeferindo os pedidos de liberdade em favor dos acusados IAN, WICTOR E LUÍS GUSTAVO (pasta 199).



FAC do acusado LUÍS FERNANDO (pastas 200 e 364).

FAC do acusado IAN (pastas 200 e 364).

FAC do acusado WICTOR (pastas 200 e 364).

FAC do acusado UESLEI (pastas 200 e 312).

FAC do acusado LUÍS GUSTAVO (pastas 200 e 364).

FAC do acusado RHUÃ (pastas 200 e 342).

FAC do acusado YAGO (pasta 389).

Assentada da AIJ realizada em 12/02/2019 (pasta 274), oportunidade em que a Denúncia foi recebida em relação a todos os acusados. Consta na assentada que estava ausente somente o acusado Yago. Foram inquiridas, por meio audiovisual, as testemunhas de acusação Genivaldo de Azeredo Lima, Romaro de Oliveira Souza Pessanha, Franklin Santiago Lima e Genildo Pereira de Souza Júnior. Ausentes as testemunhas Ítalo e Bruno, que tiveram suas oitivas dispensadas pelo MP.

Na mesma oportunidade, foram inquiridas as testemunhas de defesa Yanni Bueno Alves, Rômulo Henrique Ventura dos Santos, Fernanda Souza Gomes Ribeiro, Carlos Henrique Silva Gemino, Victor Louza Tavares Barreto e Antônio Santos de França Filho. E após procedido os interrogatórios dos acusados RHUÃ, LUIS FERNANDO, UESLEI, IAN, WICTOR E LUÍS GUSTAVO (pastas 276/286).

Decisão de 25/02/2019 (pasta 303), mantendo a prisão preventiva dos acusados RHUÃ, LUÍS FERNANDO, UESLEI, IAN E LUÍS GUSTAVO, revogando a prisão preventiva do acusado WICTOR e indeferindo o pedido de desmembramento do feito em relação ao acusado IAGO.

Alvará de soltura devidamente cumprido em 02/03/2019, em favor do acusado WICTOR (pasta 308/311).

Laudo de exame em arma de fogo e munições (pasta 319).

Anotações apreendidas (pasta 409).

Laudo de exame de informática, com imagens (pasta 457).

Finda a instrução criminal, a sentença (pasta 507/522), proferida em 28/01/2020, **julgou procedente a Denúncia**, para condenar

1º Denunciado: [REDACTED], como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigos 16, caput e 14, caput, ambos da Lei



Apelação Criminal nº. 0035680-72.2018.8.19.0014

FLS.12

Origem: Juízo de Direito Vara Única da Comarca de Conceição de Macabu

10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal a pena total de 12 (DOZE) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO E 965 (NOVECENTOS E SESSENTA E CINCO) DIAS-MULTA. REGIME INICIAL FECHADO, n/f do art. 33, § 2º, 'a' e § 3º do CP. Mantida prisão preventiva do acusado e via de consequência indeferido o direito de recorrer em liberdade.

2ºDenunciado: [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigo 16, caput, da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal a pena total de 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 827 (OITOCENTOS E VINTE E SEETE) DIAS-MULTA. REGIME INICIAL FECHADO, n/f do art. 33, § 2º, 'a' e § 3º do CP. Mantida prisão preventiva do acusado e via de consequência indeferido o direito de recorrer em liberdade.

3ºDenunciado: [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigo 16, caput, da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal a pena total de 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO E 710 (SETECENTOS E DEZ) DIAS-MULTA. REGIME INICIAL SEMIABERTO, n/f do art. 33, § 2º, alínea 'b' e do art. 387, §2º, do CPP. Mantida prisão preventiva do acusado e via de consequência indeferido o direito de recorrer em liberdade.

4ºDenunciado: [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigo 14, caput, da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal; 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 710 (SETECENTOS E DEZ) DIAS-MULTA. REGIME INICIAL SEMIABERTO, n/f do artigo 33 do CP e do art. 387, §2º, do CPP. Mantida prisão preventiva do acusado e via de consequência indeferido o direito de recorrer em liberdade.

5ºDenunciado: [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 14, caput, da Lei 10.826/03 as penas de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direitos e ABSOLVIDO da imputação pelo crime do artigo 35, da Lei 11.343/06. Por se encontrar solto, foi deferido o direito de recorrer em liberdade.

6ºDenunciado: [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 35, da Lei 11.343/06 e artigo 16, caput, da Lei 10.826/03, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal a pena total de 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO E 710 (SETECENTOS E DEZ) DIAS-MULTA. REGIME INICIAL SEMIABERTO, n/f do artigo 33 do CP e do art. 387, §2º, do CPP. Mantida prisão preventiva do acusado e via de consequência indeferido o direito de recorrer em liberdade.

7ºDenunciado: [REDACTED] a sentença determinou o desmembramento do feito em razão de ostentar a condição de foragido, dando origem ao Processo nº 0001673-42.2018.8.19.0018 – pasta 644.

Os réus recorrem da sentença.



Nas razões do recurso, a Defensoria Pública em favor de LUÍS [REDACTED] (pastas 574 e 772) requer, **preliminarmente:** **a)** Seja declarada a ilicitude das provas obtidas mediante devassa à garantia da inviolabilidade domiciliar dos acusados, bem como de todas as provas que dela derivaram, desentranhando-as e absolvendo-se os réus de ambas as imputações, à míngua de quaisquer elementos que recaiam contra si, com espeque no art. 386, VII do CPP; **b)** Seja declarada a ilicitude das provas obtidas mediante violação ao sigilo das comunicações dos acusados sem prévia autorização judicial, bem como de todas as provas que dela derivaram, desentranhando-as e absolvendo-se os réus da imputação do art. 35 da Lei 11.343/06, à míngua de quaisquer elementos que recaiam contra si, com espeque no art. 386, VII do CPP. **No mérito, c)** Sejam ambos os réus absolvidos da imputação do art. 35 da Lei 11.343/06, por absoluta ausência de provas de sua ocorrência, ainda que não se considerem por ilícitos os elementos contidos nos autos; **d)** Sejam ambos os réus absolvidos da imputação do art. 16 da Lei 10.826/2003, com espeque no art. 386, III do CPC, por ausência de tipicidade material, ante a ausência de lesividade da conduta; **e)** A isenção do pagamento de custas e taxas judiciárias, por se tratar de pessoa economicamente hipossuficiente, sendo assistido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **f)** A observância das prerrogativas da Defensoria Pública Estadual, notadamente as de intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista; de contagem em dobro de todos os prazos processuais (art. 128, I da LC 80/94 c/c art. 186 e § 1º do CPC); e de representação judicial de seus assistidos independente temente de mandato (art. 128, X da LC 80/94 c/c 287, § único do CPC) e **g)** manifestação sobre a matéria pré-questionada.

A defesa de [REDACTED] (pastas 577 e 737) requer, **preliminarmente:** **a)** a nulidade das provas advindas do aparelho celular dos corréus Luis Fernando e Ueslei, e todas delas advindas, nos termos dos artigos 5º, incisos XII e LVI da CRFB c/c 1º da Lei 9.296/96, bem como artigo 157 do CPP. **No mérito, b)** absolvição do RECORRENTE de todos os delitos a ele imputados nos termos do art. 386, inc. VII, do CPP. **Subsidiariamente:** c) caso seja mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 35, da Lei 11.343/06, a desclassificação dos delitos previstos nos arts. 14, caput e 16, caput, ambos da Lei 10.826/03 para a causa de aumento de pena previsto no artigo 40, inciso IV da Lei 11.343/06 e **d)** o redimensionamento da pena para reduzir os incrementos realizados na primeira e na segunda fase de todos os crimes, por se mostrarem desproporcionais e excessivos e a aplicação do regime mais brando.

A defesa de [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] (pasta 794), requer, **preliminarmente:** **a)** Seja declarada a ilicitude das provas obtidas com violação de domicílio, **b)** Seja declarada a ilicitude das provas obtidas mediante violação ao sigilo das comunicações dos acusados dos aparelhos celulares dos denunciados. **No mérito, c)** absolvição dos réus pelo crime do art. 35 da lei 11.343/06, **d)** em relação ao WICTOR do crime do art. 14 da lei 10.826/03; **e)** em relação aos delitos do art. 14, caput, e 16, caput da lei 10.826/03, requer o reconhecimento da confissão espontânea



estariam se escondendo. Que conseguiram identificar essa residência e decidiram fazer o cerco, que a casa era aparentemente abandonada e que a porta estava aberta e dentro dela estava os acusados o UESLEI no sofá da sala e o LUÍS FERNANDO no quarto. Em revista a residência foram encontrados a quantia de R\$ 215,00. Que junto desse valor, havia três papéis com anotações do tráfico, cinco munições de calibre 9mm e uma munição calibre 22.

O acusado IAN foi quem levou os policiais à casa onde WICTOR estava, local onde o revólver calibre .38 foi encontrado dentro de um colchão, local indicado pelo próprio WICTOR, tendo este em seu interrogatório dito que liberou sua casa para revista.

Quanto a LUÍS GUSTAVO, extrai-se da prova oral que o próprio indicou o local em que estava escondida a pistola 9mm e informou que a pistola era de RHUÃ e que foi YAGO quem lhe pediu que guardasse a arma.

Pouco importa o desdobramento da ação, viciada a ação originária, daí decorre a nulidade e contaminação de toda a prova restante.

Sabe-se que tanto o crime posse, porte e ocultação de arma de fogo e o crime de associação para o tráfico ilícito de drogas são de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, desta forma, enquanto o agente mantém em sua guarda armas e munição ou se mantém associado para a prática da traficância estará em estado de flagrância, permitindo sua prisão em flagrante, independentemente de mandado de busca e apreensão.

Volte-se ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, "**a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados**" [STF, RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j: 8/10/2010].

Assim, ainda que se trate de crime permanente, necessária é a existência de fundamentos razoáveis anteriores à busca para justificar o ingresso na residência do agente sem autorização judicial, o que não se verificou na espécie.

Não houve no presente caso condição alguma prévia que demonstrasse que os apelantes estivessem praticando algum crime no interior da sua residência, mantendo/guardando armas e munições.

O contexto fático anterior à entrada dos policiais na residência não evidenciou a existência de "**fundadas razões**" que justificasse o sacrifício do direito à inviolabilidade do domicílio, e a mera atividade exploratória da polícia, como dito acima,



somente poderia ser referendada se amparada por pedido de busca e apreensão. Essa seria a conduta permitida pelo Direito.

Dessa forma, *in casu*, a prova obtida por meio da busca e apreensão é ilícita, por ofender o que dispõe o artigo 5º inciso XI da CRFB/88 e, portanto, devem ser consideradas nulas, assim como todas as que delas decorreram, inclusive a série de “confissões espontâneas”.

Eis a jurisprudência:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, NO PERÍODO NOTURNO. AUSÊNCIA DE DENÚNCIA ANÔNIMA. INDIVÍDUO QUE, AO AVISTAR A VIATURA POLICIAL, SE DIRIGE AO QUINTAL DE SUA CASA, ONDE É ABORDADO POR POLICIAL QUE REALIZA BUSCA PESSOAL E, EM SEGUIDA, BUSCA DOMICILIAR. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONCEDIDA À RESIDÊNCIA/DOMICÍLIO QUE ABRANGE O JARDIM E O QUINTAL DA CASA, DESDE QUE CERCADO POR NÍTIDO OBSTÁCULO QUE IMPEÇA A PASSAGEM DE TRANSEUNTES. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA BUSCA E APREENSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

Precedentes desta Corte.

3. A Corte Suprema assentou, também, que "o conceito de 'casa', para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 12/04/2005, DJe de 02/06/2006; RE 251.445/GO, Rel.



Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática publicada no DJ de 03/08/2000), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade" (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007).

4. *Se o agente público não pode, sem o prévio consentimento do proprietário, ingressar durante o dia sem mandado judicial em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, com muito mais razão esse raciocínio permite concluir que o espaço que circunda a residência de um cidadão, é delimitado por muros e contém portão também constitui uma extensão de sua casa e está abrangido na proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI).*

5. *O mero avistamento de um indivíduo de pé no portão de sua casa que, ao divisar uma viatura policial, se dirige para o quintal ou para o interior de sua residência, sem qualquer denúncia/informação ou investigação prévia, não constitui fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que o cidadão trazia drogas consigo ou as armazenava em sua residência, e tampouco de que naquele momento e local estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não.*

6. **Situação em que, durante ronda noturna de rotina e sem nenhuma denúncia prévia, após verificar que o paciente, que se encontrava de pé no portão de sua residência, empreendeu fuga para dentro do imóvel ao avistar a viatura policial, policial militar transpôs o portão e seguiu o indivíduo até o quintal, quando, então, teria visto o paciente jogando, na direção de sua casa, um pote plástico branco. Realizada busca pessoal no suspeito ainda no quintal da casa, foram encontrados dois pinos de cocaína em sua bermuda e, já dentro da residência, no interior do pote plástico, outros 32 (trinta e dois) pinos de cocaína.**

Muito embora, com efeito, a dispensa repentina e rápida do pote pudesse levantar suspeitas que autorizassem a busca pessoal, o fato é que a visão do ato suspeito somente foi possível porque o policial militar já havia adentrado o portão da casa do paciente e chegado até o quintal, em nítida violação à proteção constitucional garantida ao domicílio.

7. *Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no domicílio do paciente sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião deve ser considerada ilícita.*

8. *Se a denúncia indica como provas da materialidade do crime unicamente aquelas derivadas de busca e apreensão reputada ilícita, deve ser trancada a ação penal.*

9. Habeas corpus de que não se conhece. Ordem concedida de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente concedida, reconhecer a nulidade das provas de tráfico de entorpecentes derivadas do flagrante na ação penal e, tendo em conta que ditas provas ilícitas constituem a única evidência da materialidade do crime imputado ao paciente, determinar o trancamento da ação penal.

(HC 609.072/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 15/10/2020)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.



DENÚNCIA ANÔNIMA E FUGA DE INDIVÍDUO PARA O INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO PACIENTE, AO AVISTAR A VIATURA POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA BUSCA E APREENSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

Precedentes desta Corte.

3. "a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida." (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.) 4. **A existência de denúncia anônima de tráfico de drogas no local associada ao avistamento de um indivíduo correndo para o interior de sua residência não constituem fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, na residência em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. Necessária a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: "campana que ateste movimentação atípica na residência").**

Precedentes: RHC 89.853/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020; RHC 83.501/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018; REsp 1.593.028/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020; AgInt no HC 530.272/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 18/06/2020.

5. No caso concreto, a leitura do auto de prisão em flagrante demonstra que os policiais adentraram a residência do Paciente sem sua prévia permissão e sem prévia autorização judicial, baseados apenas em conhecimento prévio de que o local seria ponto de drogas, desacompanhada tal informação de outros



elementos preliminares indicativos de crime, e no fato de que, ao ver a viatura policial, um rapaz que estava em frente à residência do Paciente teria corrido para o pátio de sua casa.

6. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no domicílio do paciente sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião (23,8 gramas de cocaína, uma balança de precisão e um celular) deve ser considerada ilícita.

7. Já tendo havido condenação do paciente transitada em julgado, ancorada unicamente nas provas colhidas por ocasião do flagrante, deve a sentença ser anulada, absolvendo-se o paciente, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

8. Agravo regimental do Ministério Público de Santa Catarina a que se nega provimento.

(AgRg no HC 585.150/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020)

Reconhecida, portanto, a nulidade da prova colhida, a materialidade não se encontra comprovada

b) Da ilicitude das provas obtidas mediante suposta violação das comunicações dos aparelhos celulares dos acusados UESLEI e LUÍS FERNANDO

A prova oral produzida pela acusação sugere que os acusados UESLEI e LUÍS FERNANDO quando questionados a respeito da existência de arma de fogo, responderam que não havia arma e nem drogas e, para comprovarem suas alegações, mostraram seus aparelhos celulares e para serem visualizados o conteúdo há a necessidade de colocação de senha, o que foi informado pelos acusados aos policiais, que então tiveram acesso as mensagens em áudio e texto dos aparelhos celulares dos acusados.

Ora, aqui também andou mal a acusação e a atividade policial mal gerida contaminou toda a prova daí oriunda.

Com efeito, cediço que é ilícita a prova obtida diretamente de dados constantes no aparelho celular decorrente do **acesso ao conteúdo das conversas** por meio de aplicativos (WhatsApp), obtidos diretamente pela polícia sem prévia autorização judicial, ou por vontade viciada do titular do meio de comunicação, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça.

Veja a propósito os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no HC 516857 / SP

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2019/0179310-9

Relator(a) Ministro RIBEIRO DANTAS (1181)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 12/05/2020



Data da Publicação/Fonte DJe 18/05/2020

Ementa

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO CORRÉU. AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DESSA MEDIDA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior já se manifestaram que "É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do whatsapp) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular".

2. Hipótese em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por decisão unânime, absolveu o paciente e correu da imputação do delito de associação para o tráfico de drogas, uma vez que reconhecida a falta de comprovação do vínculo subjetivo entre os agentes e a ilicitude da prova colhida no celular do correu, sem autorização judicial. Estando apoiada a condenação pelo delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, exclusivamente nessa prova reconhecidamente ilegal, impõe-se a absolvição do paciente.

3. Agravo regimental não provido.

REsp 1755974 / MT

RECURSO ESPECIAL 2018/0184406-3

Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120)

Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento 12/03/2019

Data da Publicação/Fonte DJe 29/03/2019

Ementa

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA ILÍCITA. ACESSO A DADOS REGISTRADOS EM APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO ANULADA. PROVAS INDEPENDENTES. NOVO JULGAMENTO NA ORIGEM. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do whatsapp) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular. Precedentes.

2. Na ausência de elementos hábeis a comprovar o alegado consentimento do Recorrente com a diligência, deve-se resguardar o



devido processo legal com a decretação da nulidade das provas obtidas através do exame direto das conversas mantidas pelo Recorrente no aplicativo whatsapp sem a necessária e prévia autorização judicial.

3. O acervo probatório presente nos autos não está composto exclusivamente pela prova ora declarada ilícita, havendo outros elementos probatórios, obtidos de maneira independente. Nessa situação, a jurisprudência desta Sexta Turma tem orientado no sentido de que deve ser anulada a condenação, determinando-se ao Juízo de origem que, após desentranhar as provas ilícitas e as dela derivadas, realize um novo julgamento da ação penal.

4. Os efeitos deste julgamento devem ser estendidos ao corréu NELSON SORIANO GUEDES, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, pois se trata de ilicitude objetiva da prova utilizada na sentença. 5. Recurso especial parcialmente provido para: a) declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do Recorrente, sem autorização judicial, bem como das provas dele derivadas; b) cassar a sentença condenatória e determinar ao Juízo de origem que desentranhe as provas ora declaradas ilícitas dos autos e promova novo julgamento da ação penal, conforme entender de direito; c) estender os efeitos desta decisão ao corréu NELSON SORIANO GUEDES.

Não cabe aqui a alegação de que o acesso ao aparelho celular foi “franqueado” aos policiais militares, posto que, conforme bem esclarecido nos depoimentos acima mencionados, os acusados já estavam presos.

Como se vê, **não se pode de forma alguma reconhecer que o acesso ao conteúdo das conversas foi autorizado de forma voluntária e CONSENTIDA.**

Assim, constata-se a ilegalidade das provas diretamente obtidas mediante acesso ao conteúdo das mensagens no aparelho telefônico da suposta compradora, visto que tal acesso se deu sem prévia autorização judicial e mediante “coação” dos policiais militares.

Inegável a ilicitude da prova obtida no caso em tela, pois produzida sem a devida autorização judicial, em flagrante violação ao artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, a ilicitude da prova alcança necessariamente aquelas dela derivadas, preconizada pela **Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.**

Dessa sorte, as demais provas constantes nos autos se maculam pela ilicitude da prova originária, posto que derivam exclusivamente da ação dos policiais, **não se podendo olvidar que não há outros elementos de prova acerca da autoria do delito.**

Assim, as preliminares devem ser acolhidas.



Mesmo que assim não fosse, a própria denúncia pelo crime de associação para o tráfico ilícito de drogas não resiste à mínima análise.

Com efeito, segundo antevisto pelo legislador infraconstitucional, pratica o crime tipificado no art. 35 da Lei Antidrogas aquele que se associa a uma ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos no art. 33, *caput* e § 1º, e art. 34, ambos do mesmo diploma legal.

A ligação estável e rotineira não pode ser presumida pelas circunstâncias da prisão ou por ilações, por certo, há que ser comprovada, porquanto é indispensável a comprovação do elo estável entre os indivíduos que se unem com o objetivo de praticar a traficância.

In casu, a própria Denúncia ao descreve os fatos relativos ao crime de associação para o tráfico de drogas, limita-se a narrar a respeito da história do tráfico de drogas nas comunidades de Rhódia e Balancé, onde integrantes das facções criminosas ADA e TCP “guerreavam” entre si com o fim de dominar os pontos de vendas da localidade e adjacências. Fora isso, menciona que o 1º denunciado, apontado na inicial como líder da facção, após se reunir com alguns traficantes de Macaé, entre eles 2º e o 3º denunciados angariar em novos integrantes para a facção criminosa quais sejam, o 4º, 5º, 6º e 7º denunciados e nada mais.

Da prova oral produzida em juízo pela acusação, não se extrai nada além disso. Os testemunhos dos agentes da lei não conseguem elucidar a respeito dos requisitos que caracterizam o tipo penal do artigo 35 da Lei 11343/06.

Conquanto a norma penal se refira à associação para a execução reiterada ou não de crimes, doutrina e jurisprudência têm exigido, para a caracterização do tipo em comento, que seja demonstrada de maneira inequívoca e incontroversa o vínculo associativo entre os envolvidos de caráter estável e permanente, com divisão de tarefas altamente organizadas e pré-determinadas e hierarquia bem determinada entre os agentes e a facção criminosa. E, em havendo esse vínculo, quer se trate de parceiros, ocasionais ou estáveis, avulsos ou permanentes, ligados pela identidade de causa e de fim, assumindo os contornos de uma clandestina sociedade, para dar vazão ao comércio de drogas, então poderá se considerar, na dinâmica dessa conduta, o crime autônomo de associação, não sendo esta a hipótese descrita na acusação.

Por tais razões, voto no sentido de **ACOLHER AS PRELIMINARES arguidas pelas defesas dos apelantes E DAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DEFENSIVOS para ABSOLVER TODOS OS APELANTES DAS IMPUTAÇÕES MOVIDAS, com expedição de alvará de soltura em seu favor.**

Rio de Janeiro, na data constante da assinatura digital.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sétima Câmara Criminal

Apelação Criminal nº. 0035680-72.2018.8.19.0014

Origem: Juízo de Direito Vara Única da Comarca de Conceição de Macabu

Desembargador **JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO**
Relator



FLS.24

