HABEAS CORPUS Nº 483.435 - PR (2018/0330372-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	FLAVIO WARUMBY LINS E OUTRO
ADVOGADOS	:	ELIAS MATTAR ASSAD - PR009857
		FLAVIO WARUMBY LINS - PR031832
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE	:	GABRIEL TRINKEL BRUNETTI

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO A MENSAGENS CONTIDAS EM APARELHO CELULAR POR OCASIÃO DO FLAGRANTE. ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DA MEDIDA. TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

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. A Lei 9.296/1996 restringe-se às comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática, não se estendendo aos dados já registrados nos respectivos aparelhos. Precedente do STF.

3. O fato de a Lei 9.296/1996 não tutelar os dados e registros já contidos em aparelhos telefônicos e afins, não permite que a polícia devasse a intimidade dos investigados a pretexto de obter provas do crime e de sua autoria, o que só é admitido mediante prévia autorização judicial. Precedentes do STJ.

4. No caso, nenhum ato processual dependeu ou foi fundamentado na eventual extração de dados registrados em celular. O flagrante decorreu de operação policial em patrulhamento de rotina. Na verificação da veracidade das informações, houve a apreensão das drogas e consequente prisão dos envolvidos (entre os quais, um adolescente). A denúncia, sentença condenatória e acórdão confirmatório não se fundaram na suposta devassa indevida do conteúdo do aparelho ou mesmo no laudo pericial posteriormente formulado, mas em fontes independentes, o que afasta qualquer nulidade.

5. Havendo diversas provas autônomas hábeis a comprovar a prática do crime imputado aos réus e afigurando-se irrelevante para a prolação do édito repressivo o acesso das mensagens contidas nos aparelhos celulares apreendidos por ocasião do flagrante sem autorização judicial, é inviável a anulação do processo, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal. Precedentes.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. DIREITO

DE RECORRER EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO.

1. No julgamento do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a possibilidade de execução provisória da pena desde a prolação do acórdão confirmatório de condenação pelo Tribunal de apelação, inexistindo, nesse sentido, afronta ao princípio da presunção de inocência. Esse entendimento foi reafirmado no julgamento das Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e ratificado no julgamento do ARE n. 964.246/SP, sob a sistemática da repercussão geral.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça adotou essa orientação, tendo passado a entender que, inexistindo a concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinário ou especial interpostos perante os Tribunais Superiores, não há qualquer impedimento para o cumprimento imediato da pena privativa de liberdade. Precedentes.

3. No julgamento das apelações defensivas, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná determinou o início da execução provisória das penas, apesar de a sentença condenatória ter permitido ao paciente recorrer em liberdade.

4. Não há ilegalidade no ato coator, uma vez que a análise na sentença do artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, é de ordem cautelar, enquanto a determinação do Tribunal de origem diz respeito ao próprio cumprimento da pena, dispensada a cautelaridade da medida.

5. Segundo o posicionamento do STF, *"não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade"* (HC 152.752, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno).

6. Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO **JORGE MUSSI**
Relator

HABEAS CORPUS Nº 483.435 - PR (2018/0330372-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	FLAVIO WARUMBY LINS E OUTRO
ADVOGADOS	:	ELIAS MATTAR ASSAD - PR009857
		FLAVIO WARUMBY LINS - PR031832
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE	:	GABRIEL TRINKEL BRUNETTI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de habeas corpus com pedido liminar, impetrado em favor de GABRIEL TRINKEL BRUNETTI, apontando como autoridade coatora a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento da Apelação n. 0020279-54.2017.8.16.0013, com a seguinte ementa (e-STJ, fls. 81/110):

> *APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA.*
> *APELAÇÃO 1: PRELIMINAR DE NULIDADE DA PROVA PERICIAL REALIZADA NO CELULAR DO ACUSADO. REJEIÇÃO. PERÍCIA DETERMINADA PELO DELEGADO DE POLÍCIA E POSTERIORMENTE ACEITA DELO JUÍZO A QUO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SENTENÇA QUE CONSIDEROU OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS COMO JÁ SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMEMENTE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CULPABILIDADE VALORADA NEGATIVAMENTE. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. REFORMA DE OFÍCIO, PARA CONSIDERAR PARA FINS DE DESVALORAÇÃO DA CULPABILIDADE NA PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA APENAS A NATUREZA DAS DROGAS, EVITANDO-SE BIS IN IDEM. MAJORANTE DO ART. 40, VI DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO. RÉUS QUE PRATICARAM O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E ENVOLVERAM UMA ADOLESCENTE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO ACOLHIMENTO. REFORMA, DE OFÍCIO, DA R. SENTENÇA, PARA QUE SEJA ADOTADO COMO FUNDAMENTO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO APENAS A QUANTIDADE DE DROGAS, EVITANDO-SE BIS IN IDEM. QUANTIDADE DE DROGAS, BEM COMO CONTEÚDO DOS CELULARES APREENDIDOS, QUE DEMONSTRAM QUE OS RÉUS SE DEDICAVAM A ATIVIDADES DE TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PEDIDO DE REFORMA DA PENA DE MULTA. INDEFERIMENTO. PENA PECUNIÁRIA APLICADA DE*

FORMA PROPORCIONAL À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E QUE CONSIDEROU A CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. EVENTUAL PEDIDO DE ISENÇÃO QUE DEVE SER FORMULADO JUNTO AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ***RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM PROVIDÊNCIA DE OFÍCIO****.*
APELAÇÃO 2: PRELIMINAR DE NULIDADE DA PROVA PERICIAL REALIZADA NO CELULAR DO ACUSADO. REJEIÇÃO. PERÍCIA DETERMINADA PELO DELEGADO DE POLÍCIA E POSTERIORMENTE ACEITA DELO JUÍZO A QUO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SENTENÇA QUE CONSIDEROU OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS COMO JÁ SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMEMENTE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CULPABILIDADE VALORADA NEGATIVAMENTE. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. REFORMA DE OFÍCIO, PARA CONSIDERAR PARA FINS DE DESVALORAÇÃO DA CULPABILIDADE NA PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA APENAS A NATUREZA DAS DROGAS, EVITANDO-SE BIS IN IDEM. MAJORANTE DO ART. 40, VI DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO. RÉUS QUE PRATICARAM O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E ENVOLVERAM UMA ADOLESCENTE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO ACOLHIMENTO. REFORMA, DE OFÍCIO, DA R. SENTENÇA, PARA QUE SEJA ADOTADO COMO FUNDAMENTO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO APENAS A QUANTIDADE DE DROGAS, EVITANDO-SE BIS IN IDEM. QUANTIDADE DE DROGAS, BEM COMO CONTEÚDO DOS CELULARES APREENDIDOS, QUE DEMONSTRAM QUE OS RÉUS SE DEDICAVAM A ATIVIDADES DE TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE BENS APREE ENDIDOS. NÃO ACOLHIMENTO. CORRETA APLICAÇÃO DO ART. 63 E ART. 60, § 2º, AMBOS DA LEI DE DROGAS. ***RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM PROVIDÊNCIA DE OFÍCIO.***

Noticiam os autos que, na Ação Penal n. 0020279-54.2017.8.16.0013, o paciente foi condenado nas penas do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 700 dias-multa. Pelo fato de ser menor de 21 anos na época do fato (art. 65, I, do Código Penal), a pena foi atenuada em 1/6, alcançando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 dias-multa. Porque o delito envolveu adolescente (art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006), a pena foi aumentada em 1/6 e tornada definitiva em **6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 dias-multa**, cada um no valor de um

trigésimo do salário mínimo vigente na época do fato (e-STJ, fls. 45/80). A sentença condenou também outros dois corréus, manteve a segregação cautelar de Altevir de Faria Meira Neto e concedeu o direito de recorrer em liberdade a Maicon de Oliveira e ao paciente.

Inconformada, a defesa interpôs recursos de apelação, que foram desprovidos, com determinação de início de execução provisória da pena. Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ, fls. 111/118).

Segundo a impetração (e-STJ, fls. 3/16), o paciente sofreria constrangimento ilegal, porque a sentença condenatória estaria lastreada em prova ilícita, consistente na violação do sigilo de comunicações de dados dos aparelhos celulares apreendidos com os acusados, sem autorização judicial.

Consoante o writ, a determinação de recolhimento dos réus para início da execução provisória da pena caracterizaria também constrangimento ilegal, pois a sentença garantiu ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja declarada a nulidade do processo a partir da juntada da perícia realizada nos aparelhos telefônicos sem prévia autorização judicial.

O pedido liminar de suspensão da ordem de execução provisória da pena foi indeferido (e-STJ, fls. 156/157).

As informações encontram-se às e-STJ, fls. 163/278 e 284/287.

Em parecer (e-STJ, fls. 280/282), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 483.435 - PR (2018/0330372-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste habeas corpus, pretende-se, em síntese, o reconhecimento da ilegalidade do início da execução provisória da pena imposta na Ação Penal n. 0020279-54.2017.8.16.0013 e a declaração da ilicitude da perícia realizada nos aparelhos telefônicos apreendidos com o paciente.

No tocante à aventada nulidade da prova decorrente do acesso aos dados contidos nos celulares dos acusados sem prévia autorização judicial, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, II, "a", da Constituição Federal, o que impede seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico desta Corte Superior de Justiça.

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

O TJPR rejeitou a tese de nulidade da prova pericial realizada no celular do paciente, pelo acesso das mensagens trocadas pelo WhatsApp, com os seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 91/94 – grifos acrescidos):

> *[...]*
> *No caso em apreço, porém, não há que se falar em nulidade.*
> *Compulsando os autos, a partir do conteúdo do documento juntado no mov. 116.2, denota-se que* ***o acesso ao conteúdo dos aparelhos celulares dos acusados (não se trata aqui de caso de interceptação telefônica) não ocorreu no momento da abordagem pela equipe policial, mas sim após determinação do Delegado de Polícia, que tem a atribuição e faculdade de determinar a produção de provas em suas investigações.***
> *[...]*
> *Além disso, embora o pedido de realização de perícia tenha sido indeferido num primeiro momento (mov. 98.1 – item 6), depois da juntada do Laudo Pericial de mov. 116.2 (que contém apenas a descrição dos aparelhos que estavam*

sendo periciados) o mesmo ***juízo solicitou, por meio da decisão de mov. 133.12, a remessa do anexo eletrônico relativo ao referido Laudo, tendo sido, assim, autorizada, nesse momento, a remessa do conteúdo dos aparelhos celulares****.*

Ademais, denota-se que o juízo a quo fez constar na r. sentença o seguinte: ***"Ainda, não obstante a vasta prova acima mencionada, a qual já seria mais que suficiente para ensejar uma condenação em desfavor de todos os acusados, deve-se colacionar aos autos o teor das mensagens constantes nos aparelhos celulares apreendidos, os quais demonstram claramente a comercialização de substâncias entorpecentes por todos os réus"*** *– grifos nossos.*

Assim, ainda que não fossem considerados os conteúdos das referidas mensagens, observa-se que o juízo a quo entendeu que os demais elementos de provas colhidos nos autos se mostram suficientes e aptos a demonstrar a responsabilidade criminal dos apelantes, não havendo, portanto, prejuízo necessário para a declaração da nulidade (princípio pas de nullité sans grief - não há nulidade sem prejuízo).

Acerca do tema, Pacelli leciona que, "para o reconhecimento e a declaração de nulidade de ato processual, haverá de ser aferida a sua capacidade para a produção de prejuízos aos interesses das partes e/ou ao regular exercício da jurisdição".

Nesse sentido, o Excelso Supremo Tribunal Federal e o Colendo Superior Tribunal de Justiça, já decidiram:

> *"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRARRAZÕES AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "não se declara nulidade processual sem a prova de um efetivo, vistoso, prejuízo para a defesa. É que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563 do CPP). Nesse mesmo tom, é o conteúdo da Súmula 523 do STF, in verbis: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (HC 98.403, Rel. Min. Ayres Britto). 2. Agravo interno a que se nega provimento". (RE 971305 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 10-03-2017 PUBLIC 13-03-2017)- grifos nossos*

> *"CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. NULIDADE DO PROCESSO-CRIME. DEFICIÊNCIA DE DEFESA NÃO DEMONSTRADA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA INCABÍVEL. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *[...]*
> *2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o reconhecimento de nulidade exige a demonstração do prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief.*
> *[...]*
> *7. Writ não conhecido". (HC 177.412/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 08/11/2016) – grifos nossos.*
>
> *Assim, não há que se falar em nulidade da prova pericial produzida.*
> *[...]*

Feitos tais esclarecimentos, é cediço que a Constituição Federal, no art. 5º, X e XII, prescreve como invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas", bem como "o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

A partir dos aludidos comandos constitucionais, foi editada a Lei n. 9.296/1996, que, regulamentando a parte final do inciso XII do art. 5º da CF, dispõe, no art. 1º, que "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".

Não há dúvidas de que o referido diploma legal se restringe às comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática, não se

estendendo, assim, aos dados já registrados nos respectivos aparelhos, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal (grifos acrescidos):

> *HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2)* ***ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL****; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação - não importam em prejuízo à defesa.*
>
> *2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corréu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento*

> *da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.*
> *3. Ilicitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida.*
> *4. Ordem denegada.*
> *(HC 91867, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 20/09/2012).*

Contudo, o fato de a Lei n. 9.296/1996 não tutelar os dados e registros já contidos em aparelhos telefônicos e afins não permite que a polícia devasse a intimidade dos investigados a pretexto de obter provas do crime e de sua autoria, o que só é admitido mediante prévia autorização judicial.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (grifos acrescidos):

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.* ***PRESOS EM FLAGRANTE QUE TIVERAM SEUS TELEFONES CELULARES ACESSADOS PELA POLÍCIA SEM MANDADO JUDICIAL****. NULIDADE. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.*
> *1. A defesa, no writ originário, pleiteava a revogação da prisão preventiva em decorrência da falta de justa causa oriunda da nulidade das provas adquiridas por meio do acesso aos smartphones. Neste habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a defesa repisa o argumento de nulidade da quebra do sigilo dos telefones celulares, mas cinge-se a pedir a "exclusão*

processual de todas as provas obtidas e as provas derivadas".
2. Existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea. A partir desse panorama, a doutrina nomeia o chamado direito probatório de terceira geração, que trata de "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais".
3. Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões a priori absolutas. ***Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de "whatsapp" sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente****.*
4. Habeas corpus concedido, a fim de reconhecer a ilegalidade das provas produzidas pelo acesso aos telefones celulares sem mandado judicial, determinando ao Juiz de primeira instância que avalie quais evidências devem ser eliminadas dos autos por derivação, bem como as que devem remanescer em função de fonte independente ou de descoberta inevitável.
(HC 418.180/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 21/11/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ***PRISÃO EM FLAGRANTE. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS (CONVERSAS DE WHATSAPP). 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 do aparelho do investigado, 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.
3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem

> *autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos, exame que será feito pelo Juízo de 1º Grau.*
> *(RHC 101.585/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 26/10/2018).*

Como asseverado no acórdão impugnado, ao proferir sentença condenatória, o Juiz da 4ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Curitiba esclareceu que os agentes de polícia não acessaram os aparelhos celulares no momento da abordagem - em patrulhamento de rotina -, mas somente "após determinação do Delegado de policial, o qual tem a atribuição e faculdade de determinar a produção de provas " (e-STJ, fl. 49).

Na sentença, o magistrado salientou que não se tratava de interceptação telefônica, mas do acesso de dados constantes dos celulares. Não obstante, afirmou ter havido determinação judicial para o acesso dos dados e que os réus apresentaram defesa preliminar e que nenhuma delas suscitou a nulidade da prova pericial ou se opôs à determinação, tendo se operado a preclusão (e-STJ, fl. 50).

Ademais disso, a sentença condenatória fundamentou-se em elementos probatórios independentes e suficientes que demonstravam a autoria e a materialidade da narcotraficância, *verbi gratia*: auto de prisão em flagrante, provas periciais (exames) nas substâncias entorpecentes apreendidas (42 comprimidos de MDA, 11 comprimidos de MDMA (ecstasy), 1,4g de MDA, 71 pontos de LSD e 11 invólucros de maconha, pesando 19g), prova testemunhal e declaração dos próprios réus e do adolescente envolvido.

Da leitura da transcrição, observa-se que, tanto o flagrante, quanto a posterior denúncia e sentença condenatória, não se embasaram no suposto acesso ilegal dos policiais aos dados contidos no celular do paciente, uma vez que a operação que culminou com a prisão dos acusados decorreu patrulhamento de rotina.

Assim, o aventado vício decorrente da devassa ilegal no aparelho telefônico de paciente não teria aptidão para contaminar os demais elementos de convicção obtidos por ocasião do flagrante e na instrução criminal, uma vez que se está diante de provas autônomas, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 157 do CPP, *in verbis*:

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

No mesmo norte, colhem-se os seguintes julgados (grifos acrescidos):

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE. PRISÃO PREVENTIVA.* ***ALEGADA NULIDADE DA PROVA. ACESSO AO TELEFONE CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONFIGURAÇÃO.*** *MONITORAMENTO ANTERIOR COM REALIZAÇÃO DE FILMAGENS. PRÉVIA APREENSÃO DE ENTORPECENTES (CRACK E MACONHA). DIVERSIDADE, FRACIONAMENTO E FORMA DE ACONDICIONAMENTO. VALORES EM DINHEIRO. DENÚNCIA FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FONTE INDEPENDENTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. [...] HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *[...]*
> *II* ***- A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova oriunda do acesso a dados armazenados em aparelho celular, obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial****.*
> *III - In casu, os policiais tiveram acesso aos dados dos celulares dos corréus no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial. Todavia, ainda que a referida prova seja desconsiderada, porquanto nula, subsistem elementos autônomos suficientes para determinar o prosseguimento da ação penal. Precedentes.*
> *IV - A prisão em flagrante decorreu de monitoramento anterior (campana), em datas distintas, oportunidade em que os policiais observaram o paciente e os corréus exercendo o comércio ilícito de entorpecente.* ***Ademais, na data da prisão e antes do exame dos celulares, foram apreendidos com os corréus e na residência que servia de base para o grupo criminoso realizar tráfico, crack e maconha, além de determinada quantia em dinheiro****.*
> *V - No caso, a apreensão de drogas em diversidade, fracionamento e forma de acondicionamento, além de valores em dinheiro, bem como as declarações da adolescente que auxiliava as atividades criminosas e de usuários que confirmaram adquirir entorpecente do*

grupo, ***constituem provas autônomas e emanam de fonte independente, não restando evidenciado nexo causal com a ilicitude reconhecida.***
*VI - "****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 72.074/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 4/12/2017).*
[...]
Habeas corpus não conhecido.
(HC 459.181/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 19/09/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ***VIOLAÇÃO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS DE WHATSAPP NA ABORDAGEM POLICIAL****.* ***PRESENÇA DE OUTRAS PROVAS ROBUSTAS E INDEPENDENTES****. [...] HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
[...]
2. Segundo a norma constitucional prevista no 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.
3. No caso, contudo, ***a afirmação dos policiais de que avistaram uma mensagem de Whatsapp que seria indicativo de tráfico não é suficiente para demonstrar uma usurpação de privacidade, por não haver provas de que o celular fora apreendido, e sim apenas visualizadas mensagens que nem sequer foram utilizadas como prova, e sim somente como indicativas do tráfico.***
4. Além disso, ***as decisões impugnadas indicam que o crime ficou demostrado por outras provas, muito mais robustas e totalmente independentes, como a quantidade de droga apreendida e a forma em que estavam embaladas, além de várias outras circunstâncias, o que afasta o reconhecimento da nulidade da condenação. Ora, a apreensão de elevada quantidade de drogas, cuja diversidade, fracionamento e forma de acondicionamento, além de valores em dinheiro, constituem provas autônomas da traficância, e emanam de fonte independente, não restando evidenciado nexo causal com a ilicitude originária.*** *(HC 422.299/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018).*
[...]
8. Habeas Corpus não conhecido.
(HC 446.531/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,

QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018).

Por conseguinte, havendo diversas provas hábeis a comprovar a prática do crime assestado ao paciente, e afigurando-se irrelevante para a prolação do édito repressivo o acesso das mensagens contidas nos aparelhos celulares apreendidos por ocasião do flagrante sem autorização judicial, inexiste coação ilegal passível de ser sanada por este Sodalício.

Por fim, não se vislumbra constrangimento ilegal ante a determinação de início do cumprimento provisório da pena, apesar de a sentença ter garantido ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

Nos termos do novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do referido HC 126.292/SP, inexiste qualquer arbitrariedade na determinação do cumprimento imediato de condenação quando restar devidamente confirmada, pelo Tribunal local, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

Tal posição foi reafirmada pelo STF, no julgamento do HC 152.752, considerando-se constitucional a execução da pena após o esgotamento do duplo grau de jurisdição, ainda que pendente de julgamento recurso extraordinário ou recurso especial nos dois Tribunais Superiores.

No referido julgado o Pretório Excelso entendeu, ainda, que não há que se falar em *reformatio in pejus,* mesmo quando existente decisão condicionando a execução da pena, pois tal garantia não se sobrepõe ao novo entendimento, que a autoriza desde quando esgotada a prestação jurisdicional na instância ordinária.

Eis a ementa do aresto (grifos acrescidos):

> *HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO*

RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.
1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional.
2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5°, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder.
3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada.
4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência.
*5. **O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.***
6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação.
*7. **Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade.***
8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais.
9. Ordem denegada.
(STF, HC 152.752, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 4/4/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe 27/06/2018).

Nesta Corte Superior de Justiça também se assentou o mesmo entendimento. Veja-se:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E PELO CRIME DE QUADRILHA. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.
1 A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal trilhada por esta Corte, é no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 17/5/2016).
2. A garantia contida na sentença de que o ora recorrente poderá aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade não se sobrepõe a esse novo entendimento, que autoriza a execução provisória da pena, uma vez esgotada a prestação jurisdicional na instância ordinária.
3. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no RHC 88.108/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 12/04/2018)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 1º, II, DA LEI Nº 8.137/1990. ***APELAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA****. ORDEM DENEGADA.*
1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. ***Não há falar em reformatio in pejus diante do contido na sentença de primeiro grau. Ressalva do entendimento da Relatora.***
2. Ordem denegada.
(HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DEFERIDA.
1. É inviável o agravo regimental ou interno que deixa de atacar especificamente todos os fundamentos da decisão agravada, consoante o disposto no art. 1.021, § 1º, do CPC e na Súmula 182 do STJ. Precedentes.
2. ***A execução provisória da pena não caracteriza violação à coisa julgada ou reformatio in pejus, ainda que concedido o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória.***
3. Agravo regimental não conhecido e deferida a execução provisória da pena.

(AgRg no AREsp 830.983/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTADO. SANÇÃO FINAL SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
1. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, a simples interposição de recursos especial e/ou extraordinário, sem a concessão de efeito suspensivo, não obsta a execução provisória da pena privativa de liberdade. Precedentes.
2. ***É possível a execução provisória da pena, ainda que concedido na sentença condenatória, ou mesmo no acórdão que julgou o recurso de apelação, o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, sem que isso caracterize violação a coisa julgada ou reformatio in pejus.***
3. Não se vislumbra a ocorrência de flagrante ilegalidade na imposição de regime inicial fechado, nos casos em que a sanção final é superior a 4 anos de reclusão, e a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.
4. Agravo regimental improvido.
(AgRg no HC 421.323/PR, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS DENEGADO.
1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.
2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.
3. ***Esta Corte firmou posicionamento no sentido de que não há falar em reformatio in pejus ou ilegalidade na determinação de início de cumprimento da pena, ainda que a sentença condenatória tenha garantido ao réu o direito de recorrer em***

> ***liberdade, pois a prisão decorrente de acórdão condenatório encontra-se dentre as competências do juízo revisional e independe de recurso da acusação.***
> *4. Habeas corpus denegado.*
> *(HC 405.927/MG, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 16/02/2018).*

Sendo assim, decide-se em harmonia com o entendimento majoritário das Cortes Superiores de que a única hipótese capaz de obstar a execução provisória da pena é a concessão, excepcional, de efeito suspensivo aos recursos extraordinário ou especial eventualmente interpostos.

Nesse sentido (grifos acrescidos):

> *PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. PRAZO CONTADO EM DIAS CORRIDOS. AGRAVO IMPROVIDO.* ***EXECUÇÃO PROVISÓRIA DEFERIDA.***
> *[...]*
> *3. A Sexta Turma desta Corte, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, adotou orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/MG, de 17/2/2016) de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o princípio da presunção de inocência, entendimento reafirmado no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em 5/10/2016, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.*
> *4. Agravo regimental improvido e deferida a execução provisória pleiteada pelo Ministério Público Federal, determinado o imediato cumprimento da pena imposta ao agravante, delegando-se ao Tribunal a quo a realização dos atos executórios, a quem caberá a expedição das respectivas guias.*
> *(AgRg no AREsp 1063001/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018).*
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO (ORDINÁRIO OU ESPECIAL). INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PACIENTE CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, A 9 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO,* ***GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.*** *ORDEM NÃO CONHECIDA.*
> *[...]*
> *2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos,*

entendeu que A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. (STF, HC 126292, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/05/2016, publicado em 17/05/2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. De outra parte, não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes da Corte.

5. Em relação ao art. 283 do CPP, tem prevalecido a interpretação de que "quando do julgamento do HC 126.292/SP ainda estava em vigor o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90 segundo o qual "os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo". A essa regra somava-se aquela do art. 637 do CPP segundo a qual o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal (HC 133.387-DF, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 14/06/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 15/06/2016 PUBLIC 16/06/2016). Nessa perspectiva, não há antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por Tribunais de apelação.

6. Habeas Corpus não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente.

(HC 352.216/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016).

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, não se conhece do habeas corpus substitutivo.

Ante o exposto, não se conhece do presente habeas corpus.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0330372-4 **HC 483.435 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00202795420178160013 1168362017 202795420178160013

EM MESA JULGADO: 21/03/2019

Relator
Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	FLAVIO WARUMBY LINS E OUTRO
ADVOGADOS	:	ELIAS MATTAR ASSAD - PR009857
		FLAVIO WARUMBY LINS - PR031832
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE	:	GABRIEL TRINKEL BRUNETTI
CORRÉU	:	MAICON DE OLIVEIRA
CORRÉU	:	ALTEVIR DE FARIA MEIRA NETO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.