



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 433.930 - ES (2018/0012823-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : SANDRA MARIA TEIXEIRA NOBRE
ADVOGADO : SANDRA MARIA TEIXEIRA NOBRE GRASSI - ES018819
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : GIL FERNANDO DE OLIVEIRA GARCIA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO. ACESSO AS MENSAGENS DE APARELHO CELULAR APREENDIDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OUTRAS PROVAS A CORROBORAR A CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE. CORREÇÃO REALIZADA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA ORDEM AO CORRÉU.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Segundo a jurisprudência da Terceira Seção desta Corte Superior é ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrente de acesso as mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ("WhatsApp"), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial.

3. Na hipótese, todavia, os aparelhos celulares foram apreendidos em cumprimento a ordem judicial que autorizou a busca e apreensão. Precedentes.

4. Por outro lado, a impetração nem sequer tangencia o argumento de que a prova advinda das mensagens do celular não foi a única a embasar o édito condenatório, considerando a apreensão de inúmeras armas e munições na residência do acusado e demais corréus, além de ter sido deferida prévia interceptação telefônica e da prova testemunhal corroborar o pleito acusatório.

5. Na segunda fase da dosimetria, ainda que inexista critérios mínimo e máximo para aumento ou diminuição da pena em face das agravantes ou atenuantes, predomina nesta Corte o entendimento de que o afastamento da fração usual de 1/6, na segunda fase, demanda fundamentação concreta, o que não ocorreu na hipótese dos autos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cf: HC 424.944/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 11/4/2018 e HC 423.573/GO, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 20/4/2018).

6. Disciplina o parágrafo único do art. 68 do Código Penal que, *no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo todavia, a causa que mais aumente ou diminua.*

7. Desse modo, embora presentes duas causas especiais de aumento de pena (arts. 19 e 20 da Lei nº 10.826/2003, a exasperação limitará a apenas uma delas, em metade.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda imposta ao paciente, com extensão ao corréu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 433.930 - ES (2018/0012823-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : SANDRA MARIA TEIXEIRA NOBRE
ADVOGADO : SANDRA MARIA TEIXEIRA NOBRE GRASSI - ES018819
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
PACIENTE : GIL FERNANDO DE OLIVEIRA GARCIA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de GIL FERNANDO DE OLIVEIRA GARCIA contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Apelação nº 0010469-57.2014.4.02.5001).

Consta nos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 29 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.062 dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 17 e 18, c/c o art. 19, todos da Lei 10.826/03.

Contra a sentença a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado parcial provimento para reduzir a reprimenda para 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Eis a ementa do julgado (e-STJ fls. 125/126):

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS. COMPETÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DENÚNCIA APÓCRIFA. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TRANSMITIDOS VIA APLICATIVO. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. LITISPENDÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA REMODELADA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I. Importação de armas de fogo de uso restrito e permitido, acessórios e munições em grande quantidade e em quatro episódios distintos tendo como origem a república do Paraguai e destino a cidade de Vila Velha/ES. Comercialização do material inclusive via redes sociais.

Fatos relacionados à denominada Operação Arsenal com imputação pelos crimes descritos nos arts. 17 e 18 c/c 19 e 20 da Lei n.º 10.826/2003.

II - Competência da Justiça Federal. Transnacionalidade concretamente embasada nos documentos apreendidos em poder dos réus, corroborada pelos diálogos captados na interceptação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

telefônica, pela prova testemunhal e pela prova pericial indicando origem estrangeira de munições apreendidas.

III - Alegada nulidade da interceptação telefônica deflagrada a partir de denúncia apócrifa. Não ocorrência. Denúncia anônima acerca da qual operaram-se verificações preliminares que resultaram na confirmação da venda de material bélico via redes sociais. Investigação que não se originou exclusivamente dessa delação, mas decorreu também de desmembramento de outra investigação em curso.

IV - Alegada nulidade decorrente da quebra de sigilo de dados transmitidos via aplicativo (whatsapp) sem ordem judicial. Mensagens coletadas dos celulares dos réus após sua apreensão. Investigação que partiu da identificação de venda ilegal de armas de uso permitido e restrito através da rede mundial de computadores, ou seja, a quebra de sigilo telefônico/telemático já em seu início foi judicialmente deferida num contexto de apuração que tratava de conversas travadas pela internet, não se tratando de acesso a elementos absolutamente estranhos à linha de investigação adotada. O c. STF já se manifestou acerca da licitude desses dados coletados a partir da memória de aparelho celular apreendido. Não se pode confundir comunicação com registros telefônicos, a exemplo do quanto decidido no HC n.º 91.867, sob a relatoria do Min. GILMAR MENDES.

V - Alegada violação ao princípio da correlação. Não ocorrência. consideração dos mesmos fatos mas em contexto único para efeito de reconhecer concurso material entre os artigos 18 e 17 da Lei n.º 10.826/2003. Ponto no qual a sentença se mostrou até mesmo favorável aos réus, na medida em que a pretensão ministerial era pelo reconhecimento de continuidade delitiva para cada um dos 4 episódios em quantidade equivalente a cada objeto apreendido, o que atrairia para cada um acréscimo máximo (2/3) e ainda resultaria, ao final, no cômputo material dos episódios destacadamente. Ausência de interesse defensivo em alterar o critério de dosagem neste ponto.

VI - A utilização de apenas um trecho de fundamentação em conjunto aplicada aos réus por estarem esses acusados em condições objetivas e subjetivas absolutamente semelhantes não induz afronta ao princípio da individualização da pena.

VII - Ausência de litispendência entre os fatos imputados na ação penal n.º 0001287.13.2015.4.02.5001 (oriunda de desmembramento da ação penal n.º 0011138- 13.2014.4.02.5001). Não ocorrência. fatos similares com datas de viagem absolutamente distintas e as quais se somou também a imputação por associação criminosa, envolvendo outros denunciados.

VIII - Materialidade e autoria demonstradas em prova múltipla, documental, pericial, testemunhal, notadamente interceptação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

telefônica e buscas e apreensões realizadas nas residências dos réus recolhendo grande quantidade de armas e munição.

IX - Condenação confirmada. Dosimetria remodelada afastando-se a consideração negativa da personalidade como circunstância judicial desfavorável do art. 59 do CP, ante a ausência de elementos indicativos.

X - Recursos parcialmente providos para dois réus, apenas para remodelar suas penas, negando-se provimento ao recurso do terceiro réu.

No presente *writ*, a impetrante alega que não estão presentes os requisitos necessários para a manutenção da prisão preventiva, ignorando-se o sagrado princípio da presunção de inocência.

Sustenta negativa de autoria, pois o paciente "não comercializou bem como não tem provas de sua comercialização nas redes sociais que o envolvesse" (e-STJ fl. 19).

Aponta-se, ainda, para a nulidade da prova colhida, em especial "das convesas do aplicativo whatsapp, sem autorização judicial, conforme depoimentos dos policiais", conforme decidido por esta Corte Superior no RHC 51.531.

Por fim, alega constrangimento ilegal na dosimetria da pena.

Requer, liminarmente, a imediata soltura do paciente, com ou sem aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Indeferido o pleito liminar (e-STJ fls. 114/116) e prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 119/140), opinou o Ministério Público Federal "pelo não conhecimento do *habeas corpus*" (e-STJ fls. 157/165).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 433.930 - ES (2018/0012823-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio.

Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício, analisando-se, dessa forma, o mérito da impetração.

De início, nota-se que não há como se examinar, na via exígua do *writ*, a alegação da defesa acerca de ausência de provas da autoria delitiva, notadamente quando o Juízo sentenciante e a Corte de origem concluíram de forma diversa, pois no *habeas corpus* não se permite o exame aprofundado de fatos e provas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. RECONHECIMENTO PESSOAL. RATIFICAÇÃO EM JUÍZO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NÃO CABÍVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No julgamento do habeas corpus não se pode analisar a argüida ausência de provas da materialidade e autoria do crime para efeito da absolvição do Paciente, como se fosse um segundo recurso de apelação. Descabida na via eleita ampla dilação probatória.

4. Ordem habeas corpus denegada. (HC n.º 225.586/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/10/2013.)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE AUTORIA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. MAUS ANTECEDENTES.

RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA.

1. É Inviável que se proceda ao revolvimento fático-probatório na via eleita, no intuito de se demonstrar a inexistência de indícios de autoria da prática delitiva, haja vista os estreitos limites de cognição próprios do habeas corpus, assim como do respectivo recurso ordinário.

2. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, dos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis.

3. Tendo a prisão sido decretada em razão da gravidade concreta das condutas imputadas às pacientes, que, segundo o decreto, deram continuidade ao tráfico de entorpecentes após a prisão de seus maridos, aliada à apreensão de grande quantidade de drogas, armas, dinheiro e manuscrito do PCC, assim como em razão da periculosidade, evidenciada pelos maus antecedentes criminais de uma das pacientes, revela-se a necessidade da segregação cautelar como forma de cessar a atividade ilícita e, por conseguinte, acautelar a ordem pública.

4. Conforme escólio jurisprudencial do Pretório Excelso "a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF, Primeira Turma, HC n. 95.024/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 20/2/2009).

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 433.844/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 05/04/2018)

Quanto à alegação de ilicitude da prova, assim decidiu a Corte de origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-STJ fls. 134/136):

Aduz ainda a defesa de JOSÉ CARLOS, agora às fls. 601/608 que a denúncia faz referência a vários diálogos travados via aplicativo whatsapp que jamais tiveram sua interceptação autorizada judicialmente, sendo tais mensagens coletadas dos celulares dos réus após sua apreensão, o que seria igualmente vedado à luz da Lei n.º 12.965/14 (Marco civil da internet) e Lei n.º 9.296/96.

De plano é preciso ressaltar que a investigação partiu da identificação de venda ilegal de armas de uso permitido e restrito através da rede mundial de computadores, ou seja, a quebra de sigilo telefônico/telemático já em seu início foi judicialmente deferida num contexto de apuração que tratava de conversas travadas pela internet, de modo que não se trata de acessar elementos absolutamente estranhos à linha de investigação adotada.

Ademais, o c. STF já se manifestou acerca da licitude desses dados coletados a partir da memória de aparelho celular apreendido, bem definindo que não se pode confundir comunicação com registros telefônicos, a exemplo do quanto decidido no HC n.º 91.867, sob a relatoria do Min. GILMAR MENDES:

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. Ilícitude 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 A 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. E 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. ... OMISSIS...

4. Ordem denegada.

(STF - HC 91867/PA - Relator Min. GILMAR MENDES. Segunda Turma. DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

Nota-se que a sentença segue essa orientação, conforme fundamentação de fls. 488, compreendendo que a ação policial retratou coleta de dados e não interceptação, atuando a autoridade policial amparada pelo art. 6º do CPP.

O tema realmente não é pacífico. Não se desconhece que há precedentes do c. STJ no sentido da ilicitude do acesso a conversas travadas via whatsapp diretamente pela polícia em celular apreendido, mas em quadros fáticos onde esse acesso se dá por força de flagrante ou de mera averiguação descontextualizado de uma investigação mais profunda, como é o caso destes autos, onde a própria apreensão foi precedida de investigação policial complexa já antes amparada por quebra de sigilo telefônico/telemático.

Ainda é preciso destacar que mesmo nesses precedentes o c. STJ invariavelmente salienta que essa análise deve ser casuística, cedendo frente a outros interesses a serem sopesados, tal qual a preservação da vítima ou dos agentes envolvidos na persecução ou a efetividade das medidas para coibir a prática criminosa. Cito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como exemplo elucidativo trecho do voto proferido nessa linha de argumentação pela Min. MARIA TEREZA ASSIS MOURA nos autos do RHCn.º 51531:

"Não descarto, de forma absoluta, que a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular, imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante seqüestro, em que a polícia encontre aparelhos em, um cativo recém-abandonado: o acesso incontinenti aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a liberação do seqüestrado.

Ora, no caso concreto tratamos de investigação direcionada a desmantelar associação criminosa voltada ao tráfico internacional de armas de fogo de uso permitido e restrito, de modo que o acesso retrata não só a preservação das autoridades envolvidas na persecução (na medida em que agem em face de agentes armados que podem ter comparsas ainda não identificados), como também em face da eficácia das medidas policiais para cessar o trânsito de armamento ilegal, estancando contatos que estejam direcionados a movimentá-las e eventualmente frustrar a apreensões de material cuja periculosidade social é inegável. E no caso, essa necessidade ainda ficou concretamente reforçada por ocasião da prisão em flagrante do denunciado GIL FERNANDO (fls. 04 do IPL em apenso) ocasião na qual tentou evadir-se e desfazer-se de provas dos crimes.

Assim, sob qualquer ângulo que se observe a medida, não vejo ilicitude no acesso aos dados na forma e no contexto destes autos.

Quanto à suposta nulidade da prova, a situação retratada nos autos não se encontra albergada pelo comando do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, o qual assegura a inviolabilidade das comunicações, ressalvando a possibilidade de quebra de sigilo telefônico, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela Lei n. 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Note-se que não foram interceptadas as comunicações telefônicas, nem mesmo as mensagens armazenadas no aparelho celular dos acusados, razão pela qual não há se falar em inobservância do art. 7º, incisos II e III, da Lei n. 12.965/2014, a qual estabelece os princípios, garantias e deveres para uso da *internet* no Brasil.

Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o "WhatsApp"), ou mesmo por correio eletrônico, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são, de toda forma, invioláveis, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, só podendo ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.472/97 e do art. 7º da Lei n. 12.965/14.

Assim, ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial.

Todavia, na hipótese, ressei dos autos que a apreensão dos celulares ocorreu em razão de mandado de busca e apreensão devidamente expedido pelo Juízo, uma vez que o desmantelamento do grupo responsável pelo tráfico de armas foi possível em razão de investigação em curso para apurar o comércio ilegal de armas de fogo na Região Metropolitana de Vitória/ES, que contou, inclusive, com prévia autorização para interceptações telefônicas.

Já decidiu esta Corte que, nesses casos, não há ilegalidade a ser reconhecida. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO, TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DADOS ARMAZENADOS NO APARELHO CELULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI N. 9.296/96. PROTEÇÃO DAS COMUNICAÇÕES EM FLUXO. DADOS ARMAZENADOS. INFORMAÇÕES RELACIONADAS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE. INVIOABILIDADE. ART. 5º, X, DA CARTA MAGNA. ACESSO E UTILIZAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI N. 9.472/97 E DO ART. 7º DA LEI N. 12.965/14. TELEFONES CELULARES APREENDIDOS EM CUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ANÁLISE E UTILIZAÇÃO DOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DADOS NELES ARMAZENADOS. REVOGAÇÃO OU RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...).

II - O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da República é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/96.

III - Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o "WhatsApp"), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, no termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Assim, somente podem ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.472/97 e do art. 7º da Lei n. 12.965/14.

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

V - No presente caso, contudo, não se trata de aparelhos celulares apreendidos no momento do flagrante, uma vez que os telefones móveis foram apreendidos em cumprimento a ordem judicial que autorizou a busca e apreensão nos endereços ligados ao paciente e aos demais corréus.

VI - Se ocorreu a busca e apreensão da base física dos aparelhos de telefone celular, ante a relevância para as investigações, a fortiori, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados.

VII - Tendo em vista que a prisão preventiva do paciente foi relaxada pelo d. Juízo de primeiro grau em 19/12/2016, resta prejudicado o pedido de revogação da custódia cautelar.

Habeas Corpus não conhecido. (HC 372.762/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO OBSERVÂNCIA DO RITO DO ART. 514 DO CPP OU DO ART. 55 DA LEI N. 11.343/2006. 2. ADOÇÃO DO RITO COMUM. PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 3. PROVA ILÍCITA. DADOS ARMAZENADOS NO CELULAR. EXISTÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. 4. PEDIDO DE DESMEMBRAMENTO. PROCESSO EM TRÂMITE REGULAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 5. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

(...).

3. No que concerne à ilegalidade das provas colhidas no aparelho telefônico do recorrente, tem-se que, a despeito de a situação retratada não se configurar como interceptação telefônica de comunicações, demanda igualmente autorização judicial devidamente motivada - haja vista a garantia constitucional à intimidade e à vida privada -, o que efetivamente foi observado no caso dos autos.

De fato, o celular do recorrente foi apreendido em razão de mandado de busca e apreensão, devidamente fundamentado, que autorizou a apreensão de aparelhos eletrônicos, bem como o acesso às informações armazenadas, desde que guardem relação com o crime sob investigação.

(...).

5. Recurso em habeas corpus improvido. (RHC 64.713/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 02/12/2016)

Por outro lado, da leitura da sentença condenatória e do acórdão de apelação que a manteve, observa-se que o acervo probatório é denso e a condenação do paciente não se fundou, exclusivamente, nas conversas do aplicativo de celular.

Quanto à manutenção da prisão cautelar do paciente, a partir de fevereiro/2016, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena.

Assim, em compasso com essa nova orientação adotada pelos Tribunais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superiores, confirmada a sentença condenatória em grau de apelação, há um novo título apto a embasar a segregação do réu, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

No mesmo sentido: RHC n. 70.150/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 3/6/2016; HC n. 326.918/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 7/6/2016; HC n. 315.471/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 7/6/2016 e HC n. 336.356/PI, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 18/5/2016.

Destarte, fica sem objeto o pedido contido na inicial, em que se impugnavam os fundamentos da prisão preventiva e sua necessidade.

Por fim, quanto à dosimetria da pena, disse o Relator na Apelação Criminal:

4. Dosimetria.

Todas as defesas pugnam pela aplicação da pena no mínimo legal, o que não tem nenhuma procedência. No entanto, os recursos de GIL e JOSÉ CARLOS merecem parcial provimento. Senão vejamos.

No tocante à pena base a sentença acertadamente considerou a elaborada articulação e planejamento, como indicador de maior culpabilidade (fls. 478/520). Embora compreenda que isso também poderia amoldar-se às circunstâncias do crime, o acréscimo de pena de fato se impõe. Na verdade, também haveria de ser considerada negativamente a quantidade de material bélico apreendido indicando conseqüências do crime mais graves, no entanto, inviável essa análise em sede de recurso exclusivo das defesas.

Já com relação à personalidade também negativamente sopesada para GIL FERNANDO e JOSÉ CARLOS, não verifico elementos que concretamente permitam assim valorá-la, devendo ser considerada neutra.

Quanto as agravantes aplicadas em fase apenas de GIL FERNANDO e JOSÉ CARLOS, irremediável a incidência tanto do art. 62,1 do CP, pois cabia-lhes a direção e organização das atividades criminosas, quando do art. 61, II, alínea "b", já que a importação das armas era o crime que abastecia os réus para a prática de posterior comercialização (assegurando-lhe a execução).

Por fim, irretocável a sentença também com relação a incidência das causas de aumento do art. 19 e 20 da Lei n.º 10.826/2003 apenas para os réus GIL FERNANDO e JOSÉ CARLOS, pois constatada a importação de armas também de uso restrito e pelo fato desses réus serem agentes penitenciários. Nenhuma das causas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aumento aplicam-se à LINDINALVA, seja em razão da incomunicabilidade da condição funcional (que no caso não era essencial ao tipo penal para efeito de aplicar o art. 30 do CP) seja por força desta acusada desconhecer as características distintivas dos armamentos que também guardava, se de uso permitido ou restrito. No mais, a sentença mostra-se proporcional.

4.1. Penas remodeladas.

4.1. GIL FERNANDO DE OLIVEIRA GARCIA E JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES Art. 18 da Lei n.º 10.826/2003

Considerando apenas a culpabilidade como circunstância judicial negativa, a pena base será de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 68 dias multa.

Na segunda fase, incidem para ambos as agravantes do art. 62, I e 61, II, "b" do CP, resultando em pena intermediária de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 100 (cem) dias multa.

Na terceira fase, incide também para ambos a causa de aumento do art. 19 da Lei n.º 10.826/2003, aumentando a pena da metade, para 09 (nove) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 150 dias multa e a causa de aumento do art. 20 da mesma lei, que novamente repercutindo em aumento da metade gera pena definitiva de 14 anos, 7 meses e 12 dias e 225 dias multa.

Art. 17 da Lei n.º 10.826/2003

O preceito secundário do art. 17 da Lei n.º 10.826/2003 é idêntico aquele previsto no art. 18 da mesma lei (reclusão de 4 a 8 anos) de modo que aplicada uma única circunstâncias judicial negativa temos pena idêntica para ambos de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 68 dias multa.

Na segunda fase da dosimetria incide apenas a agravante do art. 62, I do CP, gerando pena intermediária de 05 anos e 6 meses de reclusão e 95 dias multa.

Na terceira fase aplicam-se novamente as duas causas de aumento do art. 19 e 20 da Lei n.º 10.826/2003, implicando em pena definitiva de 12 anos 4 meses e 13 dias de reclusão e 213 dias multa.

Do concurso material A pena definitiva dado o concurso material resulta para ambos em 26 (vinte e seis) anos 11 (onze) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 438 dias multa. Mantida a sentença em seus demais termos com relação ao valor do dia multa, regime inicial de cumprimento fechado e vedação objetiva à substituição prevista no art. 44 do CP.

4.2. LINDINALVA DOS ANJOS DA SILVA

Com relação à LINDINALVA a personalidade não foi negativamente sopesada e não se aplicaram a agravante do art. 61, I do CP nem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as causas de aumento do art. 19 e 20 da Lei n.º 10.826/2003, de modo que, com relação a esta recorrente, mantenho integralmente a pena na forma como fixada na sentença, confirmando a fundamentação de fls. 517/518.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DE GIL FERNANDO DE OLIVEIRA GARCIA E JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, unicamente para reduzir-lhes as penas e NEGÓ PROVIMENTO ao recurso de LINDINALVA DOS ANJOS DA SILVA.

É como voto.

Em relação à pena-base, o Juízo de primeiro grau "considerou a elaborada articulação e planejamento, como indicador de maior culpabilidade". Desse modo, não foi a condição de agente penitenciário do réu que conduziu o aumento da reprimenda na primeira fase da pena, o que afasta o *bis in idem* apontado pela defesa.

Quanto à alegação de que o reconhecimento da causa especial de aumento de pena no art. 20 impediria o reconhecimento da agravante do art. 61, II, 'g', nota-se que tal agravante não foi sopesada na segunda fase da dosimetria, o que prejudica a análise do pleito defensivo.

No que diz respeito à segunda fase da dosimetria, reconheço ilegalidade na fixação da pena superior ao patamar de 1/6 (um sexto) sem a devida fundamentação.

Por fim, quanto à terceira fase da dosimetria da pena, melhor sorte assiste a defesa. Foram apontadas duas causas especiais de aumento de pena (arts. 19 e 20 da Lei nº 10.826/2003), aumentando, em duas vezes, a reprimenda pela metade. Entretanto, disciplina o parágrafo único do art. 68 do Código Penal que, *no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo todavia, a causa que mais aumente ou diminua*. Desse modo, embora presentes as duas causas especiais de aumento, a exasperação limitará a apenas uma delas, em metade.

Assim, passo a fixação da nova pena:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 18 da Lei nº 10.826/2003:

Considerando apenas a culpabilidade como circunstância judicial negativa, a pena-base fica mantida em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 68 (sesenta e oito) dias-multa.

Na segunda fase, ainda que inexista critérios mínimo e máximo para aumento ou diminuição da pena em face das agravantes ou atenuantes, predomina nesta Corte o entendimento de que o afastamento da fração usual de 1/6, na segunda fase, demanda fundamentação concreta, o que não ocorreu na hipótese dos autos (cf: HC 424.944/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 11/4/2018 e HC 423.573/GO, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 20/4/2018). Assim, embora mantenho a incidência das agravantes do art. 62, I e 61, II, "b" do CP, reduzo a reprimenda intermediária para 5 (anos) anos e 3 (três) meses de reclusão e 90 (noventa) dias-multa.

Na terceira fase, embora incida também as causas de aumento dos arts. 19 e 20 da Lei n.º 10.826/2003, aumento a pena em metade, em razão do art. 68 parágrafo único do Penal, totalizando 7 (anos) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 135 (cento e trinta e cinco) dias-multa.

Art. 17 da Lei nº 10.826/2003:

O preceito secundário do art. 17 da Lei n.º 10.826/2003 é idêntico aquele previsto no art. 18 da mesma lei (reclusão de 4 a 8 anos) de modo que mantenho a pena base fixada na Corte de origem, ou seja, 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 68 (sesenta e oito) dias multa.

Na segunda fase da dosimetria incide apenas a agravante do art. 62, I do CP. Ainda que inexista critérios mínimo e máximo para aumento ou diminuição da pena em face das agravantes ou atenuantes, predomina nesta Corte o entendimento de que o afastamento da fração usual de 1/6, na segunda fase, demanda fundamentação concreta, o que não ocorreu na hipótese dos autos (cf: HC 424.944/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 11/4/2018 e HC 423.573/GO, Relator Ministro FELIX



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FISCHER, Quinta Turma, DJe 20/4/2018).

Assim, a pena intermediária deve ser reduzida para 5 anos (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e 90 (noventa) dias-multa.

Na terceira fase, embora presentes novamente as duas causas de aumento do art. 19 e 20 da Lei n.º 10.826/2003, aumento a pena em metade, em razão do art. 68 parágrafo único do Penal, totalizando 7 (sete) anos e 10 (meses) e 15 (quinze) meses de reclusão e 135 (cento e trinta e cinco) dia multa.

Tendo em vista o concurso material, fica, ao final, a reprimenda fixada em 15 (quinze) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 270 (duzentos e setenta) dias-multa, mantido o acórdão de apelação em seus demais termos com relação ao valor do dia multa, regime inicial de cumprimento fechado e vedação objetiva à substituição prevista no art. 44 do CP.

Como preenchidos todos os requisitos do art. 580 do Código de Processo Penal, a ordem deve ser estendida ao corréu JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem de ofício** para reduzir a reprimenda fixada ao paciente. Estendo os efeitos da ordem ao corréu JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0012823-8

HC 433.930 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00104695720144025001 00104695720174402500 104695720144025001
104695720174402500 201402323677 201450010104696 51531

EM MESA

JULGADO: 19/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SANDRA MARIA TEIXEIRA NOBRE
ADVOGADO : SANDRA MARIA TEIXEIRA NOBRE GRASSI - ES018819
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : GIL FERNANDO DE OLIVEIRA GARCIA (PRESO)
CORRÉU : JOSE CARLOS MOREIRA ALVES
CORRÉU : LINDINALVA DOS ANJOS DA SILVA
CORRÉU : RODRIGO DOS ANJOS DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.