



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2023.0000135430

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 0029890-43.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado HELENO SEBASTIAO PEREIRA NETO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para acolher a preliminar de nulidade da prova e em consequência proclamar a absolvição do Apelante, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, ficando prejudicado o recurso ministerial. V.U. Compareceu a advogada, drª Cibele Cristino Sierra Vallino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) E COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2023.

FRANCISCO ORLANDO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

@Apelação Criminal nº 0029890-43.2014.8.26.0050.

Apelantes/Apelados: Heleno Sebastião Pereira Neto

Ministério Público.

19ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital.

Voto nº 48.063 – Relator.

Ao relatório da respeitável sentença de fls. 364/366 acrescenta-se que o Juízo da 19ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital julgou parcialmente procedente a ação, condenou Heleno Sebastião Pereira Neto a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e a pagar 194 (cento e noventa e quatro) dias/multa, no piso, por infração ao artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, absolvendo-o da imputação do artigo 14, da Lei nº 10.826/03, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformados, o Ministério Público e o réu recorrem em busca de reforma da decisão.

O órgão acusador insiste na condenação do réu também pela posse de munição, que a perícia constatou estar apta para disparo, cuidando-se de crime de perigo abstrato, e pretende o aumento das penas porque o Apelado foi condenado por posse de droga para consumo pessoal, porque embora a condenação seja posterior, aquele fato ocorreu anteriormente aos apurados nestes autos, e em decorrência da quantidade e diversidade de drogas apreendidas; o afastamento da causa especial de redução de pena, aos argumentos de que os entorpecentes foram encontrados num compartimento secreto instalado no painel do carro, as circunstâncias judiciais são negativas, e de que o Apelado não comprovou ter ocupação lícita, evidenciando dedicação ao tráfico; e a fixação do regime inicial fechado.

O argui preliminar de nulidade da prova, porque a abordagem decorreu de interceptação telefônica, mas a autoridade policial informou que não foi localizado o pedido, nem a autorização judicial; a sentença recorrida reconheceu a inexistência dessa autorização ou de relatório da interceptação, mas contraditoriamente concluiu que o vício não contaminou a prova. E declarada a nulidade da prova, pretende a absolvição por ausência de comprovação da materialidade, acrescentando que negou as imputações, nada de ilícito foi encontrado em seu poder, não estava com o veículo, não portava entorpecente, dinheiro ou munição; a testemunha que arrolou confirmou sua versão; negou a propriedade do veículo e não há prova da sua vinculação com o bem.

Contrarrazoados os recursos, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento daquele manejado pela acusação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

É o relatório.

O réu foi denunciado como incurso nas sanções dos artigos 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, e 14, “caput”, da Lei nº 10.826/03, porque no dia 03 de abril de 2014, por volta das 23:30 horas, na Avenida Antenor Navarro, nº 1.043, Vila Medeiros, nesta Capital, trazia consigo, para consumo de terceiros, 30,6g (trinta grammas e seis decigramas) de cocaína, substância causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar; e transportava munição calibre .38, intacta, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Denúncia anônima indicou que o réu estava promovendo o tráfico de drogas, para tanto fazendo uso do veículo apreendido, policiais civis foram averiguar, permaneceram em campana e viram quando o acusado surgiu conduzindo o carro. Realizada a abordagem, o réu e o veículo foram encaminhados ao distrito policial, onde foi realizada vistoria mais detalhada, que culminou com a localização e apreensão de 49 (quarenta e nove) papérolas de cocaína e dois supositórios contendo a mesma substância, ocultos num compartimento secreto, atrás do painel central do veículo. Na ocasião também foram apreendidos R\$5.000,00 (cinco mil reais), dois aparelhos celulares, além de munição calibre 38, sem porte ou registro.

Antes da análise do mérito, examino a questão prejudicial.

Já por ocasião da defesa prévia (fls. 129/140) foi questionada a prova, porque decorrente de interceptação telefônica, sem que tivesse sido juntada a autorização judicial ou informação a respeito da mencionada interceptação. A defesa requereu que a autoridade policial esclarecesse a respeito da procedência das referidas provas, as autorizações judiciais das interceptações e o procedimento cautelar.

A denúncia foi recebida em 20/11/2015 (fls. 141), sem decisão a respeito do pedido, e nada mais se falou a respeito, até que na audiência de instrução realizada no dia 19/02/2018, instado a se manifestar quanto ao requerido pela defesa, o Promotor de Justiça não se opôs que fossem acostados “a decisão judicial e os relatórios da interceptação telefônica de que tratam as testemunhas inquiridas na presente instrução e que foram mencionadas nos BOs de fls. 71/75 e 81/84, bem como no relatório de fls. 85” (fls. 177/178)

Oficiada a respeito (fls. 182), a autoridade policial informou que “em consulta ao Cartório Central, foram efetuadas buscas nos arquivos desta Unidade Policial, não logrando êxito na localização dos relatórios de interceptação telefônica referente aos RDOs 1232/2014 e 1385/2014 tão pouco as informações sobre a procedência das referidas provas, autorizações judiciais, interceptações e procedimentos cautelares” (fls. 184 – grifos da reprodução).

Com a juntada da informação o Ministério Público se manifestou pela litude da prova, argumentando que “a interceptação telefônica de que tratam os autos se encontra encartada nos autos nº (...) ou nos autos nº (...) ou, por fim, nos autos nº (...). Nos dois primeiros, há expressa informação contida nas respectivas denúncias da existência de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente. No último, presume-se tal circunstância em razão do édito condenatório já transitado em julgado após recurso interposto pela Defesa. Portanto, entendo (...) que as interceptações citadas nos depoimentos em juízo restaram amparadas em ordem judicial, não se tratando, portanto, de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

prova ilícita” (fls. 187 – grifos da reprodução).

O juízo “a quo”, então, proferiu sentença e afastou a alegação de nulidade da prova, ao seguinte fundamento: “ainda que não identificado o feito do qual partiu a ordem judicial de interceptação, como a defesa reclamou ainda na sua resposta a fls. 139, isso não contamina o restante da prova produzida. Mesmo que se desconsidere esta, a interceptação, como o motivo da abordagem, o fato é que, como esclareceu o policial Carlos, o réu estava na condução de um veículo Corsa, com o qual já fora visto outras vezes. Abordado, ele e o veículo foram levados até o DP, onde, após revista mais específica, encontraram num compartimento escondido droga, dinheiro, R\$ 5.000,00, e munição. As fotos de fls. 22/25 são bastante ilustrativas a respeito. E Carlos acrescentou que Heleno se limitou a dizer que o carro não era seu e que desconhecia os referidos objetos” (fls. 365).

Os boletins de ocorrência mencionados (nº 1.108/2014, de 22/03/14, fls. 81/85; nº 1.232/2014, de 02/04/2014, fls. 76/80; e nº 1.385/2014, de 15/04/2014, fls. 86/89) são posteriores ao Inquérito Policial nº 441/2013 e nestes autos teria sido autorizada pelo DIPO a interceptação telefônica do nº (11) 78051645 (fls. 92 e 192).

Aliás, como os fatos apurados nestes supostamente ocorreram no dia 03/04/2014, parece lógico supor que a interceptação telefônica referida deveria ser anterior e, portanto, poderia estar registrada apenas no primeiro boletim de ocorrência mencionado anteriormente.

A autoridade policial, contudo, não localizou a interceptação, nem a autorização judicial, algum relatório ou medida cautelar, talvez porque tais documentos tenham sido entranhados ao inquérito policial mencionado, nº 441, de 2013.

O descontrole é tamanho que nem mesmo o Ministério Público soube precisar onde estariam tais documentos, valendo-se de expressões do tipo “OU” e “presume-se”, escudando-se no fato de que a decisão transitou em julgado, mas com a devida vênia descurando-se de que há casos de decisões contendo erros crassos transitadas em julgado. Aliás, a Revisão Criminal é prevista justamente para saná-los.

Veja-se que a autoridade policial determinou a juntada das “fotografias de mensagens de WhatsApp do telefone do indiciado Adriano de Matos Marques, mantidas com o indiciado Alan Marfim, que fazem referência ao ora indiciado ao ora indiciado Heleno Sebastião Pereira Neto, vulgo ‘Nego’” (fls. 52).

Destacou-se qual era o alvo – nº (11) 78051645 – (fls. 57), e que as mensagens foram trocadas entre Adriano (BO 1108/14) e Alan (BO 1385/14). Na conversa do dia 19/03/2014 há menção ao “Negão” (fls. 62 e 65/68).

Posteriormente foram juntados alguns diálogos dos dias 08 e 12/02/2014 (fls. 90), entre “Nego” e “Gordão”, constando como alvo a linha (11) 987381607, mas não há referência ao número de processo.

No mais, os policiais civis Flávio José Zorzetto Júnior e Carlos Eduardo da Silva



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

narraram na fase extrajudicial que efetuavam diligências, quando viram o veículo GM/Corsa, conhecido da equipe “em razão de informações privilegiadas” (fls. 07 e 09 – grifos da reprodução). E em juízo o policial Carlos esclareceu que já havia visto o réu com o veículo Corsa, mas tudo graças à interceptação telefônica, e que não houve denúncia anônima a respeito do acusado ou do veículo.

Já o policial Carlos salientou que escutou os áudios da linha telefônica do réu, explicando que por conta das interceptações telefônicas descobriu que certo dia ele estava cortando o cabelo, esteve no local e conseguiu identificá-lo. Em seguida identificou os veículos que ele usava, dentre eles o Corsa, e que no dia dos fatos ele abasteceria uma biqueira, razão pela qual efetuaram diligências e conseguiram encontrá-lo.

O policial Flávio afirmou em juízo que a identificação do réu foi possível em razão da interceptação telefônica.

Ou seja, realmente a abordagem e a localização da droga e da munição somente foram possíveis em razão das ditas interceptações telefônicas, mas não se sabe em que contexto elas foram autorizadas, por quanto tempo, qual o período, se houve prorrogação, e quais os números interceptados. Enfim, não há como aferir a licitude da quebra do sigilo telefônico que redundou na abordagem do réu e posterior localização da droga e da munição no interior do veículo.

O vício, com a devida vênia, contaminou a prova produzida, porque diversamente do quanto entendeu o juízo “a quo”, o réu somente foi visto outras vezes no veículo Corsa depois de ter sido identificado, justamente por conta da alegada interceptação telefônica.

Não havia denúncia anônima; não houve flagrante de venda. Aliás, o réu somente foi abordado porque o “grampo” revelou que ele faria uma entrega de droga, valendo destacar que nada de ilícito foi encontrado com ele, nem na revista superficial no veículo. E tanto é assim, que a prisão foi relaxada pelo juízo de Primeiro Grau, porque não estava presente hipótese de flagrante delicto.

Em caso análogo, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 157, CAPUT E § 1º, E 563, AMBOS DO CPP. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE JULGOU ILÍCITA A PROVA EMPRESTADA, E AS DELAS DERIVADAS, DECORRENTES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DA JUNTADA AOS AUTOS DA DEVIDA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E DE ILEGALIDADE NA DEGRAVAÇÃO PARCIAL PORQUANTO AUSENTE A GARANTIA DE ACESSIBILIDADE DA DEFESA AOS MEIOS DIGITAIS COM A ÍNTEGRA DOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS. ENTENDIMENTO CONSOANTE JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. JULGADO DA SEXTA TURMA. 1. O Tribunal gaúcho desconsiderou a validade das interceptações telefônicas com respaldo tanto na carência da juntada aos autos da autorização judicial quanto pela degravação parcial do conteúdo obtido, destacando que não veio aos autos a mídia digital com a íntegra dos diálogos interceptados. 2. A Corte de origem julgou em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, porquanto necessária a juntada aos autos da autorização judicial que lastreou a interceptação telefônica, bem como a garantia de acessibilidade da defesa aos meios digitais em que se encontra registrada a integralidade das conversas interceptadas. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está fixada no sentido de que, conquanto seja dispensável a transcrição integral dos diálogos interceptados, deve ser assegurado à Defesa o acesso à mídia que contém a gravação da integralidade daqueles. [...] O provimento judicial que autoriza a interceptação telefônica deve conter todos os requisitos legais necessários ao deferimento da medida extrema, especialmente no que diz respeito à justa causa para a providência e ao fato de ser imprescindível a quebra do sigilo por não existir outro meio apto à obtenção da prova almejada. [...] Na hipótese dos autos, a partir da leitura do que expressamente consta dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deixou de ser franqueada à Defesa o acesso às mídias que registram o conteúdo total dos diálogos interceptados.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Igualmente, não foi acostada aos autos a íntegra da decisão que autorizou a quebra do sigilo telefônico, impedindo que se pudesse, em tese, questionar a legalidade e adequação dos motivos que conduziram ao deferimento da medida extrema. [...] A juntada aos autos tão-somente da representação formulada pela autoridade policial e dos ofícios encaminhados pelo Juízo deferindo a produção da prova não é suficiente para assegurar o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. Para que isso seja viabilizado, é imprescindível que o Acusado tenha acesso aos pedidos de quebra formulados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, bem assim das decisões judiciais que determinaram as medidas. [...] Embora não seja necessária a transcrição integral dos diálogos, é necessário, também sob pena de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, que seja possibilitado ao Réu acesso aos meios digitais em que se encontra registrada a integralidade das conversas interceptadas (REsp n. 1.800.516/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 25/6/2021). 4. Recurso especial desprovido” (REsp 1796236/RS, 6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 30/09/2022 – grifos da reprodução).

Reconhecida a ilicitude na abordagem do réu e na apreensão da droga e munição, a absolvição se impõe em razão da ausência de prova da materialidade, lembrando que o Apelante sempre negou os fatos, notadamente a propriedade do veículo em que a droga e os cartuchos foram apreendidos.

Ante o exposto, o meu voto dá provimento ao recurso para acolher a preliminar de nulidade da prova e em consequência proclamar a absolvição do Apelante, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, ficando prejudicado o recurso ministerial.

FRANCISCO ORLANDO

Relator