

Apelações Criminais (Réu Preso) n. 2011.045010-6 e n. 2011.045011-3, de  
Balneário Camboriú  
Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, *CAPUT*, E 35, *CAPUT*, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIAS DA DEFESA.

PRELIMINAR. INVESTIGAÇÃO POLICIAL E OPERAÇÃO QUE RESULTOU NA PRISÃO EM FLAGRANTE DOS RÉUS REALIZADAS COM BASE EM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ELEMENTO INFORMATIVO E RESPECTIVA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL NÃO JUNTADA AOS AUTOS. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO NÃO AVERIGUADA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE PROVAS AUTÔNOMAS E POSSIBILIDADE DE CONJUNTO PROBATÓRIO ILÍCITO POR DERIVAÇÃO (ART. 573, § 1º, CPP). PREFACIAL ACOLHIDA. SENTENÇA ANULADA (ART. 564, IV, CPP). RECURSO PROVIDO, COM EFEITOS EXTENSIVOS AOS DEMAIS RÉUS (ART. 580, CPP).

*HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO, POR EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Criminais (Réu Preso) n. 2011.045010-6 e n. 2011.045011-3, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Criminal), em que são apelantes Gustavo Dutra da Silva e outros, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, acolher a preliminar arguida pelo recorrente Alyson de Pieri e, com base no art. 564, IV, do Código de Processo Penal, anular a sentença, com efeito extensivo a todos os demais réus, nos termos do art. 580 do mesmo diploma, determinando-se a remessa de ambos os autos (ações penais n. 005.10.011638-2 e n. 005.11.000323-8) à origem para as providências cabíveis. Tendo em vista que os apelantes Alyson de Pieri e Gustavo Dutra da Silva, bem com o réu Rodrigo da Silva Vitor, encontram-se segregados preventivamente há cerca de 1 (um) ano e

6 (seis) meses, inevitável que se conceda *habeas corpus* de ofício em favor dos réus, haja vista que a retomada da instrução processual ocasionará inevitável excesso de prazo da prisão cautelar, razão pela qual é de ser expedido alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 20 de março de 2012.

Newton Varella Júnior  
RELATOR

## RELATÓRIO

Nos autos da ação penal n. 005.10.011638-2 (Apelação Criminal n. 2011.045010-6), Gustavo Dutra da Silva e Rafael Miranda foram condenados pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú nos seguintes termos: a) Gustavo, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, e de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática, respectivamente, dos crimes descritos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; b) Rafael, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída 1 (uma) pena de multa e 1 (uma) pena restritiva de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e entidades públicas.

Já autos da ação penal n. 005.11.000323-8 (Apelação Criminal n. 2011.045011-3), Alyson de Pieri foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, e de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática, respectivamente, dos crimes descritos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignados, os réus interpuseram apelação criminal.

Gustavo Dutra da Silva argúi, em preliminar, a nulidade da sentença por ofensa ao princípio da identidade física do juiz. No mérito, pugna pela sua absolvição, alegando que o conjunto probatório é insuficiente para revelar que praticou os delitos que lhe foram imputados, muito menos para demonstrar

qualquer vínculo associativo com os demais acusados, não podendo a condenação ser baseada exclusivamente nos depoimentos dos agentes policiais. Não sendo o caso, pede a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, eis que preenchidos todos os requisitos exigidos, bem como, conseqüentemente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Rafael Miranda postula também pela absolvição, destacando não ter sido comprovado sua participação ou envolvimento no crime e que não sabia da existência de drogas no veículo quando preso em flagrante, pois apenas estava de carona. Quanto à reprimenda, pretende a declaração de inconstitucionalidade da multa prevista no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por ferir os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

Alyson de Pieri invoca as seguintes preliminares: a) inépcia da denúncia, já que redigida de forma genérica, sem apontar a conduta individualizada de cada acusado; b) nulidade da sentença, por ofensa ao princípio da identidade física do juiz; c) cerceamento de defesa, diante da prolação da sentença antes do cumprimento das cartas precatórias de oitiva de testemunhas; d) nulidade do processo, em razão da ausência das interceptações telefônicas realizadas pelos agentes policiais e também das respectivas autorizações judiciais. No mérito, diz que é dependente químico e requer a sua absolvição, ressaltando que as provas acerca da prática dos delitos são frágeis e que a sentença foi fundada em suposições, não havendo qualquer indício do vínculo associativo estável e permanente entre os réus. Se mantida a condenação, pugna pela aplicação do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, no patamar máximo, assim como pela fixação do regime aberto para cumprimento da sanção imposta e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Defende, ainda, a inconstitucionalidade da pena de multa cominada ao crime de tráfico de drogas.

Contra-arrazoados os apelos, os autos ascenderam a esta Superior

Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck, opinado pelo conhecimento e não provimento dos reclamos.

### VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, os recursos devem ser conhecidos.

Narra a denúncia, em síntese, que, após apurações realizadas pela Diretoria Estadual de Investigações Criminais - Deic, verificou-se que os apelantes associaram-se para a comercialização de drogas na região de Florianópolis e no litoral norte de Santa Catarina, bem como que estariam negociando a entrega de aproximadamente 500 (quinhentos) comprimidos de "ecstasy" ao corréu Rodrigo da Silva Vitor.

Ainda da peça acusatória, consta que no dia 17 de setembro de 2010, por volta das 19h30min, Alyson e Rafael foram com o veículo VW/Voyage à residência de Gustavo, no município de São José, e apanharam o entorpecente, seguindo logo após para um posto de combustíveis em Balneário Camboriú, local previamente combinado, quando iniciaram as tratativas de entrega do material a Rodrigo, momento em que foram abordados por agentes policiais, que apreenderam com este réu 360 (trezentos e sessenta) comprimidos de "ecstasy", além de 1 (uma) pistola Taurus, 10 (dez) munições e R\$ 679,00 (seiscentos e setenta e nove) reais que seriam dados em pagamentos pela droga. Ainda dentro do referido automóvel, foram encontrados mais 141 (cento e quarenta e um) comprimidos de "ecstasy". Em prosseguimento às diligências, os policiais dirigiram-se à residência de Gustavo, onde encontraram outros 54 (cinquenta e quatro) comprimidos de "ecstasy", bem como 5 (cinco) porções de "cocaína" (4,6g) e 11 (onze) porções de "maconha" (45,5g), todas já devidamente embaladas para a venda, além de um vaso contendo 5 (cinco) mudas de "maconha", e também a motocicleta Honda/CB 600 comumente utilizada por

Gustavo para efetuar o transporte do entorpecente.

Assim, os réus Gustavo e Alyson foram denunciados e, ao fim, condenados pelos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico (arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006). Já Rafael foi denunciado pelos mesmos delitos, porém tendo sido condenado apenas pelo primeiro.

O corréu Rodrigo, por sua vez, foi denunciado e, ao fim, condenado pelos crimes de tráfico de drogas (2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e 250 dias-multa) e de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito descrito no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003 (3 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa), sem interposição de recurso, tendo havido o trânsito em julgado da sentença.

Cumprido esclarecer, ainda, que a ação penal foi deflagrada inicialmente contra os acusados nos autos n. 005.10.011638-2 (Apelação Criminal n. 2011.045010-6), tendo havido a cisão do feito em relação ao réu Alyson já quando encerrada a instrução processual, gerando para este, então, os autos da ação penal n. 005.11.000323-8 (Apelação Criminal n. 2011.045011-3).

Por estas razões, inclusive por ter sido uma única sentença para ambos os feitos, aprecia-se os recursos conjuntamente.

O apelante Alyson invoca a preliminar de nulidade do processo em razão da ausência das interceptações telefônicas e das respectivas autorizações judiciais que teriam motivado o início das investigações.

Com efeito, verifica-se que todos os agentes policiais ouvidos nos autos revelaram expressamente que as informações que obtiveram para deflagrar a operação que resultou na prisão em flagrante dos acusados foram obtidas mediante interceptações telefônicas (Christian Carlos Cardoso, às fls. 03/05 e CD à fl. 650; Tiago da Silveira, às fls. 06/07 e CD à fl. 650; Sergio Steinhorst Filho, às fls. 08/10 e CD à fl. 650).

Segundo referidos policiais, as investigações, inicialmente, tinham como alvo Hugo Ricardo Leal Saldanha e Leonardo Leal Saldanha, pessoas que

estariam praticando o tráfico de drogas sintéticas no litoral do nosso Estado, quando então surgiu o nome dos acusados nas negociações, razão pela qual passaram a também monitorá-los em escutas telefônicas.

Para melhor compreensão de toda a operação, transcreve-se o seguinte trecho da sentença em que o Magistrado resume o depoimento do policial Christian Carlos Cardoso:

Em síntese ele declarou que estava monitorando telefones de diversas pessoas envolvidas no tráfico, sendo a quebra do sigilo deferida judicialmente, onde ficou demonstrado que Leonardo Leal Saldanha e Hugo Leal Saldanha eram suspeitos de fazer o tráfico juntamente com o réu Gustavo, destacando que todos residiam na mesma residência. Disse também que ficou esclarecido pelas interceptações que perduraram por aproximadamente dois meses que os acusados Alyson, Gustavo e Rafael distribuía drogas sintéticas na grande Florianópolis, principalmente 'ecstasy'. Enfatizou que no dia anterior à prisão dos acusados obteve informações através de escutas telefônicas de que a droga seria entregue para o réu Rodrigo em Tijucas em troca de uma arma, mas houve um desacerto comercial entre eles e então no dia seguinte resolveram fazer a entrega em Balneário Camboriú; que Alyson e Rafael foram seguidos desde quando saíram da casa de Gustavo até estacionarem o veículo em Balneário Camboriú; que a abordagem foi realizada no exato momento em que Rodrigo recebeu 360 comprimidos de 'ecstasy' e estava na iminência de entregar uma arma de uso restrito como parte do pagamento do entorpecente; que no interior do veículo foram encontrados 50 comprimidos de 'ecstasy' que estavam embaixo do tapete e na DEIC também foram encontrados mais 141 comprimidos escondidos atrás do painel, sendo que após encontraram 54 ou 55 comprimidos de 'ecstasy' na casa de Gustavo, de onde Alyson e Rafael haviam saído, bem como algumas pedras de cocaína e maconha; também disse que todos os comprimidos de ecstasy encontrados tinham características semelhantes.

E mais adiante, o MM. Juiz tece suas considerações:

Segundo relato dos policiais civis arrolados na denúncia, estava em andamento uma investigação direcionada a combater facções criminosas que atuam no estado, sendo que estavam sendo monitorados telefones de diversas pessoas envolvidas no tráfico e as interceptações telefônicas teriam demonstrado o envolvimento do acusado Gustavo com outros dois agentes identificados como Leonardo Leal Saldanha e Hugo Leal Saldanha, os quais residiam juntos e estariam fazendo a distribuição de 'ecstasy' na grande Florianópolis, sendo que durante o monitoramento identificaram a negociação de expressiva quantidade de 'ecstasy', a qual seria comercializada em troca de uma arma de fogo e certa quantia em dinheiro, sendo que de início a entrega dos entorpecentes ocorreria na Cidade de Tijucas, mas posteriormente foi acertado que a entrega seria nesta urbe.

[...]

Frisa-se que todo o desenrolar dos acontecimentos desde o monitoramento das escutas telefônicas até a prisão dos acusados e apreensão dos entorpecentes foi descrito de forma relativamente harmoniosa pelos policiais Christian, Tiago e Sérgio.

[...]

Portanto, não há que se falar que os depoimentos dos policiais são munidos de incertezas e incoerências, que foram infelizes as informações prestadas por eles ou que contribuíram para induzir o juízo em erro, conforme alegaram as defesas dos réus Rafael e Gustavo. Nem mesmo o fato de não ter sido esclarecido pelos policiais qual juízo teria decretado a quebra do sigilo telefônico na qual foi descoberta a ação dos acusados é motivo suficiente para afastar a credibilidade dos seus depoimentos, já que pelo que consta a investigação era direcionada a combater facções criminosas que atuam no estado, sendo que no decorrer do monitoramento restou demonstrado o envolvimento do acusado Gustavo no comércio de drogas sintéticas, razão pela qual os policiais passaram a investigá-los e descobriram aquela negociação de entorpecentes que culminou na apreensão dos comprimidos de 'ecstasy'.

Diante de disso, constata-se, sem sombra de dúvidas, que todos os elementos de investigação e todas as provas produzidas em Juízo, e que deram respaldo à sentença condenatória, somente foram possíveis em razão daquelas interceptações telefônicas, porquanto apenas em decorrência delas é que se pode chegar aos réus, realizar as campanas e flagrá-los na prática dos delitos que lhes foram imputados.

E como é sabido, a interceptação telefônica de qualquer pessoa depende sempre de autorização judicial, por decisão fundamentada e, ainda, desde que comprovada a necessidade da medida, consoante determina a Lei n. 9.296/1996, que regulamentou a parte final do art. 5º, XII, da Constituição da República.

Ocorre que tanto o teor das interceptações telefônicas referidas pelos agentes policiais quanto as respectivas autorizações judiciais não estão acostadas aos autos, o que seria imprescindível para os acusados delas conhecer, em observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa informadores do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV), bem como para possibilitar a verificação da legalidade da produção desta prova e, por consequência, das demais delas decorrentes, lembrando que nosso ordenamento pátrio adota a chamada "ilicitude por derivação", advinda da



doutrina dos "frutos da árvore envenenada" (*fruit of the poisonous tree*), positivada no § 1º do art. 573 do Código de Processo Penal: "A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência."

Julio Fabbrini Mirabete bem esclarece a questão:

Como o que é nulo não pode produzir efeito (*quod nullum est, nullus effectum producit*), a nulidade do ato contamina os atos que dele dependam ou sejam consequência, de acordo com o *princípio da causalidade*, ocorrendo o que se tem denominado de *nulidade derivada*. São nulos todos os atos concomitantes, posteriores ou mesmo anteriores ao ato viciado contaminados por ele. [...] Quanto à nulidade derivada, tem-se entendido que o princípio abrange as hipóteses em que se reconhece no processo a existência de provas ilícitas. De acordo com a "teoria dos frutos da árvore venenosa" (*fruits of the poisonous tree*) tal nulidade se estenderá a todos os atos subseqüentes que foram realizados em decorrência dos elementos colhidos com a prova impugnada (*Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1410/1411).

Cita-se também a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Na realidade, a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao *meio escolhido*, mas também em relação aos *resultados* que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (o resultado) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, disso resultando uma violação indevida daqueles valores (*Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. p. 296).

Para corroborar, vale citar precedente do Supremo Tribunal Federal:

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. [...]

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido,

de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária (HC n. 93.050 / RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 10.6.2008).

Importa consignar, ainda, que o fato de o tráfico de entorpecentes tratar-se de crime permanente não é motivo apto, por si só, a convalidar uma prisão em flagrante efetuada com base em procedimento ilícito, pois, entendendo-se o contrário, estar-se-ia dando azo à máxima de que "os fins justificam os meios", inadmissível em um Estado Democrático de Direito, que deve velar inflexivelmente pelos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais, nesse caso, o devido processo legal.

A respeito, colhe-se da Corte Suprema:

A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem

uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes (RHC n. 90.376 / RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 3.4.2007).

Por conta disso, forçoso reconhecer que a sentença ora recorrida é nula, uma vez que proferida sem que a existência e a legalidade das interceptações telefônicas que deram origem a todas as demais provas fossem devidamente verificadas.

Ante o exposto, voto no sentido de acolher a preliminar arguida pelo recorrente Alyson de Pieri e, com base no art. 564, IV, do Código de Processo Penal, anular a sentença, com efeito extensivo a todos os demais réus, nos termos do art. 580 do mesmo diploma, determinando-se a remessa de ambos os autos (ações penais n. 005.10.011638-2 e n. 005.11.000323-8) à origem para as providências cabíveis.

Tendo em vista que os apelantes Alyson de Pieri e Gustavo Dutra da Silva, bem com o réu Rodrigo da Silva Vitor, encontram-se segregados preventivamente há cerca de 1 (um) ano e 6 (seis) meses, inevitável que se conceda *habeas corpus* de ofício em favor dos réus, haja vista que a retomada da instrução processual ocasionará inevitável excesso de prazo da prisão cautelar, razão pela qual é de ser expedido alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos.