

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA _ª VARA
CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO PAULO – SP**

JOÃO e JOSÉ (em conjunto, “Apelantes”), qualificados nos autos da ação criminal em epígrafe, vem à presença de V. Exa., por intermédio dos advogados que subscrevem, interpor

RECURSO DE APELAÇÃO

contra a r. sentença de fls. 323-330, requerendo, desde já, seja o recurso conhecido por este Juízo e, conseqüentemente remetido ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, para que dele conheça, dando-lhe provimento.

André Araujo de Almeida

NUSP 5738461

Eduardo Rocha Fernandes

NUSP 9840762

Flávia Parra Cano

NUSP 9772662

Jéssica de Oliveira e Silva

NUSP 9287390

Mariana Majzoub Brandani

NUSP 10339372

Pedro Gabriel Barroso de Oliveira

NUSP 10274694

Téo Halben Guerra Leal

NUSP 10338711

RAZÕES DE APELAÇÃO

Processo n° _____

Origem: ___ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo

Apelantes: José e João

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara de Direito Criminal,

Ínclitos Desembargadores

I. DA ADMISSIBILIDADE

O presente Recurso de Apelação é cabível, uma vez que busca reforma de sentença penal condenatória prolatada pelo respeitável Juízo *a quo* nestes autos de ação criminal.

Ademais, o Recurso é tempestivo, dado que, conforme o art. 593, I, do Código de Processo Penal (“CPP”), o prazo para interposição de apelação é de 5 (cinco) dias, contados da intimação da sentença definitiva de condenação proferida por juiz singular, o que ocorreu em 13 de novembro de 2020.

II. SÍNTESE DO PROCESSADO

Narram os fatos que o Departamento de Narcóticos da Polícia Civil obteve, por meio de denúncia anônima, informação de que os ora Apelantes praticavam o delito de tráfico de drogas nos blocos de Carnaval do centro da cidade de São Paulo.

No sábado de Carnaval, ao realizar diligências para encontrar os Apelantes, o policial Roberto (“Roberto”) abordou os Apelantes, tendo encontrado na posse de João **(i)** uma

pochete com a **quantia de R\$ 84,00** em notas trocadas; e **(ii)** um **aparelho celular**; e, na posse de João, **(i)** um **baseado de maconha**; e **(ii)** um **aparelho celular**.

Ato contínuo, Roberto solicitou as senhas dos aparelhos de telefone dos Apelantes, o que foi negado pelos investigados. Diante da recusa, o policial Ronaldo (“Ronaldo”) obrigou, mediante o uso de força, o desbloqueio dos aparelhos celulares, tendo acesso aos dados armazenados nas redes sociais e nos demais arquivos dos celulares de cada um dos Apelantes. O conteúdo encontrado nos referidos aparelhos celulares foi inserido no relatório elaborado pela autoridade policial e encaminhado ao Ministério Público, que ofereceu denúncia em face dos acusados pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006 (“Lei de Drogas”).

O Juízo *a quo* recebeu a denúncia. Foi realizada audiência de instrução, em que depuseram Roberto e Ronaldo, sob a alegação de que, ao acessar os aparelhos celulares dos ora Apelantes (o que, diga-se de passagem, só foi possível mediante emprego de força, no sentido de obrigar os Apelantes a pressionarem seus dedos nos decodificadores de impressão digital de seus aparelhos celulares), foi possível descobrir um “grande esquema de tráfico de drogas promovido pela associação na qual os investigados participavam, especialmente voltado ao Carnaval” (fls. 123).

Após, o Ministério Público e os Apelantes ofereceram suas alegações finais, em que a defesa, mais uma vez, sustentou a ilicitude das provas obtidas pelas autoridades policiais, bem como a insuficiência do conjunto probatório para que restasse demonstrada a prática dos delitos constantes da Lei de Drogas, requerendo a absolvição dos acusados.

Sobreveio a r. sentença, tendo o Juízo *a quo* condenado os Apelantes às penas de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa por suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas, uma vez que a autoria e a materialidade dos delitos teriam sido comprovadas pelas provas apresentadas, quais sejam, os dados contidos nos aparelhos de telefone celular dos Apelantes e o depoimento das testemunhas policiais que abordaram os Apelantes.

Data venia, as provas trazidas ao processo pelo Ministério Público e acolhidas pelo Juízo *a quo* foram obtidas de modo ilícito e não dão embasamento suficiente para que se conclua que houve prática dos delitos de que foram denunciados, de modo que impera a necessidade de reforma da sentença para absolver os condenados. É o que se passa a demonstrar.

III. DA ILICITUDE PROBATÓRIA

O termo *prova*, por si, possui diversos significados. Por conta disso, quando se avalia tal conceito no contexto do direito penal, deve-se realizar algumas distinções. Seria possível, então, indicar ao menos três significados centrais: **(i)** atividade probatória; **(ii)** meio de prova; e **(iii)** resultado probatório. Assim, **(i)** a prova como atividade probatória significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato - ou seja, trata-se da atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução história dos fatos.¹ A prova, por sua vez, também pode ser vista como **(ii)** meio de prova - o instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos de probatórias.² Por fim, a prova pode ser identificada como **(iii)** o resultado probatório - o que significa o convencimento o qual os meios de prova geram ao juiz e às partes.³

Ademais, há outros termos associados às provas que devem ser delineados ou melhor detalhados de forma a compreender as questões postas. Por conseguinte, é importante distinguir os seguintes aspectos: **(i)** fonte de prova; **(ii)** meio de prova; **(iii)** elemento de prova; e **(iv)** resultado probatório.⁴ Tem-se, então, que a **(i)** a fonte de prova é constituída por tudo que seja idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz.⁵ Os **(ii)** meios de prova, por sua vez, são os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão - ou seja, são os instrumentos por meio dos quais as fontes de provas são conduzidas ao processo.⁶ Ademais, o **(iii)** elemento de prova é o dado bruto extraído da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz, e o **(iv)** resultado probatório é a conclusão dada pelo juiz sobre a credibilidade da fonte e a atendibilidade do elemento obtido.⁷

A partir dessas definições iniciais, percebe-se que a licitude é um fator que deve permear a prova como um todo, especialmente quando se avalia que a fonte de prova é constituída pelo o que se considera idôneo. Não por outro motivo, a Constituição Federal de 1988 (“CF/88”) veda o uso de provas ilícitas em seu art. 5º, LVI, perante o qual ***são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos***, o que se configura como verdadeira garantia fundamental à salvaguarda da liberdade, como bem apontam Araken de Assis e Carlos Alberto Molinaro, *in verbis*:

¹ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 381.

² Cf. *Ibid.*, p. 382.

³ Cf. *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴ Cf. *Ibid.*, *idem.*

⁵ Cf. *Ibid.*, *idem.*

⁶ Cf. *Ibid.*, *idem.*

⁷ Cf. *Ibid.*, *idem.*

O desprezo à prova ilícita constitui verdadeiro *functor* processual determinado pela garantia constitucional e que tem como objeto imediato a preservação de direitos fundamentais, com a promoção de um processo justo, cujo intervalo persecutório esteja comprometido com a idoneidade da prova. Todavia, atente-se que direitos fundamentais ou garantias constitucionais não são absolutos, admitindo-se restrições e limites bem identificados e, neste sentido, aqui cabe uma distinção relativamente ao plano do direito a ser alcançado, por exemplo, no direito penal, majoritária a posição da doutrina inclinada a admitir a utilização de prova ilícita sempre que o telos esteja endereçado exclusivamente em benefício do réu, com suporte no princípio do estado de inocência com a respectiva preservação da liberdade, concretizando direitos fundamentais inarredáveis incidentes no caso. A salvaguarda da liberdade e a formatação da dignidade emprestada à pessoa induzem restrições e mapeiam os limites da proibição da prova ilícita, seja nos processos, civil, administrativo, tributário ou outros em que se confrontam o Estado e os particulares, ou os particulares entre si; na colisão de direitos fundamentais, somente um juízo de proporcionalidade pode servir para eventualmente restringir ou limitar a garantia constitucional.⁸

Sobretudo em procedimentos do âmbito penal, não é possível ponderar a proibição de uso de provas ilícitas - especialmente as que se deem em prejuízo do réu. Isso fica ainda mais nítido quando o próprio CPP, em seu art. 157, apresenta:

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.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. *(grifos nossos)*

Nesses termos, um exemplo de prova ilícita é daquela que foi colhida com infringência de normas ou princípios previstos na CF/88 para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade.⁹ Logo, constituem provas ilícitas aquelas obtidas por meio: da violação do domicílio, das comunicações telefônicas ou postais; da tortura ou maus-tratos,

⁸ Cf. Comentários ao art. 5º, LVI. In: CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo-Coimbra: Saraiva-Almedina, 2013, p. 1390.

⁹ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 402.

da infringência à intimidade, dentre outras. Provas ilícitas nesses moldes se dão caracterizadas como tal em razão dos bens jurídicos contrapostos e tutelados serem de alta relevância, o que justifica que um tratamento como um não-ato ou de uma não-prova, o que as reconduz à categoria de inexistência jurídica - dada sua inaptidão a existirem enquanto provas propriamente ditas, sendo ineficazes.¹⁰

Ainda, seriam ilícitas também as provas derivadas de uma prova ilícita inicial, conforme dispõe o art. 157, § 1º, do CPP. Isso porque se considera prova ilícita por derivação a prova que em si é lícita, mas teve por origem ou fonte uma prova ilícita em decorrência do nexo causal existente entre estas. Assim, a prova posteriormente produzida seria atingida pelo *efeito à distância* da prova ilícita.¹¹ Esse mesmo resultado seria obtido também a partir da aplicação do princípio da causalidade regente do sistema das nulidades. Isso porque, nos termos do art. 573, § 1º, do CPP afirma que a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.¹² Por se tratar de consequência inerente do princípio da causalidade, essa prerrogativa inadmitte flexibilização constituído o nexo de causalidade, como nos informa a compreensão assaz de Ada Pellegrini Grinover *et al*:

Os diversos atos que compõem o procedimento não têm existência isolada, independente, mas constituem elos de uma cadeia lógica que objetiva a preparação da sentença final; pode existir um nexo de causalidade entre os diversos atos que se sucedem Sendo assim, a ausência ou invalidade de um determinado ato processual provoca sempre a indagação sobre a extensão da nulidade; trata-se de saber se a violação da forma prescrita para o ato declarado nulo também atingiu outros atos ligados àquele; fala-se então em nulidade originária e derivada.¹³

Finalmente, dada a redação da CF/88 em conjunto ao CPP, decidiu-se aqui não utilizar a distinção doutrinária clássica entre provas ilícitas e ilegítimas - uma vez que os conceitos não são exatamente claros e, em último grau, não influem do resultado dessa argumentação.¹⁴ A partir dos elementos acima, então, parte-se à análise específica das provas do caso concreto.

¹⁰ *Ibid.*, p. 402.

¹¹ *Ibid.*, p. 406.

¹² *Ibid.*, p. 406. Este é um acampamento brasileiro da doutrina “fruit of the poisonous tree”, desenvolvida na Suprema Corte dos EUA em “*Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)”: caso houver um fruto (prova) obtida por uma árvore podre (fonte ilícita) deve ser descartado para não contaminar o possuidor.

¹³ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio SCARANCE. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

¹⁴ Veja-se, a propósito, a compreensão clara de Ada Pellegrini Grinover: “A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implicam ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos do art. 573, caput, do CPP” (*Ibid.*, p. 27).

A) DAS INFORMAÇÕES COLHIDAS DOS APARELHOS CELULARES DOS APELANTES

Primeiramente, deve-se recordar que as provas que basearam fundamentalmente o Juízo *a quo* no momento de sua decisão foram justamente as obtidas em conversas disponíveis nos celulares de João e José - sendo que não foi dada permissão dos Apelantes para tal acesso. Logo, ocorreu inerente violação ao direito à privacidade, à inviolabilidade da intimidade e à vida privada, em conformidade ao art. 5º, X, CF/88.

Assim, mesmo que a fonte de prova - os celulares em si - seja lícita, os elementos de prova foram obtidos mediante violação constitucional, invalidando-as. Nesse sentido, apenas uma ordem judicial poderia permitir a violação das comunicações, especialmente nos termos da Lei nº 9.296/1996 - a qual regulamenta o art. 5º, XII, da CF/88. Verifica-se também que as exceções do art. 157, § 1º, do CPP não estão presentes no caso dos Apelantes, já que há um claro nexo de causalidade entre a fonte de prova e os elementos de prova obtidos, sendo que esses não seriam tidos de uma fonte independente da primeira - considerando que os celulares eram essenciais para a obtenção final das mensagens. Nesse sentido, valem as palavras sábias de Renato Brasileiro de Lima, no sentido de que ainda que os celulares tivessem sido devidamente apreendidos, não pode autoridade policial invadir a privacidade que está nas conversas armazenadas, *ex vi* art. 5º, XII da CF/88, como ocorreu no presente caso, *in verbis*:

Por mais que as conversas mantidas por meio desses aplicativos [de envio e recebimento de mensagens] fiquem registradas no aparelho celular, não se pode negar que estamos diante de verdadeira espécie de comunicação escrita, imediata, entre duas ou mais pessoas. Logo, **se há necessidade de prévia autorização judicial para a quebra do sigilo do correio eletrônico, idêntico raciocínio deve ser aplicado para fins de devassa das conversas mantidas por meio do WhatsApp**, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, e do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, pouco importando o fato de o celular do indivíduo ter sido apreendido por ocasião de eventual prisão em flagrante (preventiva ou temporária). (...).

A autorização judicial revela-se indispensável não apenas para que as autoridades policiais possam ler as mensagens constantes de aparelhos celulares apreendidos, mas também para, eventualmente, atender ao telefone móvel da pessoa sob investigação e travar conversa com qualquer interlocutor que seja se passando por seu titular.¹⁵ (*grifos nossos*)

¹⁵ Cf. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 822-823.

Nessa conjuntura, soma-se a esses pontos o posicionamento por parte do Ministro Celso de Mello em decisão nos autos do RE nº 251.445, do Supremo Tribunal Federal (“STF”), no qual discorreu sobre as provas ilícitas:

Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que **ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado.** Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude. (*grifos nossos*)

Por esses motivos, defende-se, desde já, que os procedimentos judiciais deveriam ser anulados, tendo em vista que a valoração das provas ilícitas foi o principal elemento para uma decisão do juiz. Estas, por sua vez, carecem de eficácia - devendo ter sido desentranhadas do processo em conformidade ao art. 157, do CPP.

Destaca-se também decisão do Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 611762/SC¹⁶, em que se afirmou:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DECISÃO MONOCRÁTICA AGRAVADA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. NULIDADE. PROVA ILÍCITA. CONVERSAS POR MEIO DE APLICATIVO. WHATSAPP. ACESSO SEM AUTORIZAÇÃO. TELEFONE CELULAR DE TERCEIRO. VÍCIO RECONHECIDO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS INDEPENDENTES CAPAZES DE SUSTENTAR O JUÍZO CONDENATÓRIO. PRECEDENTES. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. ELEMENTOS CONCRETOS A SUSTENTAR O AFASTAMENTO DA BENESSE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. AgRg no HC nº 611762/SC. Relator Ministro Felix Fischer. Quinta Turma, j. 20/10/2020, DJe 26/10/2020.

(...) 3. 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, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. **Assim, na esteira da jurisprudência deste Sodalício, os dados decorrentes de comunicações realizadas por meio de comunicação telefônica ou pela internet, como mensagens ou caracteres armazenados em aparelhos celulares, são invioláveis, somente podendo ser acessados mediante prévia autorização judicial.** (...). Ademais importante ressaltar que 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.** (...). Firmados esses pontos, de plano se constata a ilegalidade das provas diretamente obtidas mediante acesso ao aparelho telefônico de terceiro, uma vez que este se deu sem prévia autorização judicial. (...). *(grifos nossos)*

A decisão acima posta do STJ, inclusive, demonstra ser ilícita a obtenção de mensagens em flagrante durante atuação policial se não havia autorização judicial para a análise dos dados armazenados, nos termos da Lei nº 9.296/1996 - como ocorreu com os Apelantes.

Ademais, uma das ideias mais relevantes do direito penal está abarcada no brocardo *nemo tenetur se detegere*, ou seja, os sujeitos possuem o direito de não produzir prova contra si mesmos - perspectiva também decorrente do art. 5º, LXIII, da CF/88, perante o qual o preso será informado de seus direitos, o que inclui o de permanecer calado.

O Pacto de São José da Costa Rica, importante tratado internacional em matéria de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, também assegura o direito de não depor contra si mesmo e não se confessar culpado em seu art. 8º, 2, “g”, *ipsis litteris*:

Art. 8º. Garantias judiciais (...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...) g) **direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.** *(grifos nossos)*

Dessa maneira, além da ilicitude dos elementos de prova obtidos por meio do acesso aos celulares dos Apelantes em razão da ausência de autorização judicial aos policiais, tem-se também que a obtenção foi forçosa - tendo em vista que impediu que não se confessasse ou não depusesse contra si mesmo, violando o direito a permanecer calado. A prova é, portanto e ressalte-se, ilícita já que obtida com base em coação e violência das autoridades policiais para com José e João. Nesse sentido, o art. 13, III, da Lei nº 13.869/2019 afirma que:

Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: (...)

III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro. (*grifos nossos*)

Ainda que a legislação mencionada se refira apenas a presos ou detentos, é certo que sua redação demonstra a preocupação do legislador com o direito a não produzir prova contra si mesmo, preceito que se estende à investigação e ao processo, o que obsta seu uso pelo Ministério Público como denota Guilherme de Souza Nucci, *in fine*:

Menciona-se [no art. 5º, LXIII] o preso, em lugar do termo indiciado ou acusado, pelo fato de ser o momento da detenção o mais delicado para a prestação de declaração prejudicial. Encontra-se a pessoa em posição emocionalmente enfraquecida, cercada da natural violência da prisão, possuindo pouco discernimento para se valer de instrumentos defensórios. Eis igualmente a razão pela qual se confere o direito à assistência da família e do advogado. Entretanto, o direito ao silêncio estende-se às fases posteriores da persecução penal, abrangendo a investigação e o processo, não somente pelo disposto no inciso LXIII do art. 5º, mas, sobretudo, pela presunção de inocência.¹⁷

Nessa seara, a partir do momento em que um policial obtém acesso ao celular de forma forçosa ao interferir na integridade física dos Apelantes, violando direitos garantidos na CF/88, deve-se admitir que houve uma ação indevida por parte das autoridades. A ação feita pelo policial, inclusive, configura clara redução à capacidade de resistência de José e João - já que não havia a expectativa em relação a essa, esperando-se que as autoridades sigam as leis estritamente.

Resta claro que o acusado, no momento da ação policial, poderia abrir mão de seus direitos quanto à não produção de provas contra si mesmo e quanto à sua privacidade. Porém, não poderia haver uma obrigatoriedade em tal sentido - ainda mais caso essa se dê sob coação,

¹⁷ Cf. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 467.

violência, ameaça ou redução de capacidade de resistência. Nesse sentido, tem-se decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.630.097/RJ¹⁸, segundo a qual:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA OBTIDA DE CONVERSA TRAVADA POR FUNÇÃO VIVA-VOZ DO APARELHO CELULAR DO SUSPEITO. DÚVIDAS QUANTO AO CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCOBERTA INEVITÁVEL. INOCORRÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO MANTIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão.

2. Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa.

3. O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente.

4. **Está-se diante de situação onde a prova está contaminada**, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

5. Recurso especial desprovido.

Portanto, resta claro que os elementos de prova obtidos por meio da atuação policial quanto aos Apelantes são ilícitos, não podendo ser considerados quando da decisão do juiz.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. REsp nº 1630097/RJ. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 18/04/2017, DJe 28/04/2017.

IV. DA AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NOS ARTIGOS 33 E 35 DA LEI DE DROGAS

Como já exposto, o modo flagrantemente ilegal através do qual essas evidências foram obtidas as invalida completamente. As evidências colhidas através do desbloqueio forçoso dos aparelhos telefônicos dos réus devem, portanto, ser desconsideradas.

Por isso, as provas que devem ser analisadas são apenas (i) o cigarro de maconha encontrado na posse de João; (ii) a quantia de R\$84,00 (oitenta e quatro reais) encontrados na pochete de José; e (iii) os indícios de que haveria algum tipo de participação dos jovens em uma organização criminosa advindas de uma denúncia anônima. É necessário, portanto, verificar se estas são suficientes para imputar a João e José as condutas previstas nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006.

O delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, abarca uma série de condutas que não se verificam nas provas juntadas ao processo. Isto porque a lei atribui efeitos jurídicos diversos a quem adquire, guarda, tiver em depósito, transportar “ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido” na esteira do art. 28 do mesmo diploma.

O objeto material de ambas as condutas é a droga, assim entendida qualquer substância capaz de gerar dependência segundo as atualizações periódicas executadas pelo Poder Executivo da União, como reporta o art. 1º, Parágrafo Único. Desta banda, encontra-se a unidade entre os arts. 28 e 33, mas estes diferenciam-se radicalmente em outros aspectos fulcrais.

A conduta de José está perfeitamente abarcada pela expressão “guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo”. A presença de um cigarro de maconha em sua pochete não pode ensejar qualquer outro entendimento. A quantia de R\$ 84,00 encontrada na posse de João também não é compatível com a alegação de que poderia estar havendo venda reiterada de entorpecentes.

O art. 28, § 2º determina que o magistrado deve se atentar “à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação” para que a posse da substância seja qualificada nos termos do uso pessoal. O porte de um cigarro de maconha e uma pequena quantia em cédulas de baixo valor em um bloco de carnaval encontra consonância completa com o uso pessoal e afasta completamente a conduta descrita pelo art. 33 da mesma lei.

Ainda, no que tange ao art. 28 da Lei nº 11.343, verifica-se que o dispositivo é objeto do Recurso Extraordinário 635.659, proposto pelo defensor público-geral de São Paulo, em que se questiona sua constitucionalidade. O relator, Ministro Gilmar Mendes, votou por

acolher os argumentos elaborados pela Defensoria Pública, assim concluindo pela inconstitucionalidade do art. 28 em sua integralidade, sem redução de texto. Isso ocorre devido ao caráter privado do dano provocado pela droga, de modo que tratar o uso como crime resultaria na incidência de grave desproporcionalidade.

Assim sendo, o art. 33, interpretado em consonância com o entendimento recente do E. Supremo Tribunal Federal, deve incidir de acordo com os mais recentes debates sobre a Lei nº 11.343. Por conseguinte, o porte de um único cigarro de maconha configura potencial lesivo baixíssimo, o qual não implica ofensa grave à ordem jurídica. Há de se ter em vista o risco de desproporcionalidade na aplicação da lei, gerando danos irreparáveis àquele em julgamento.

A maconha tem um potencial lesivo à sociedade e ao agente do que as demais drogas. Além disso, a quantidade encontrada na posse de José pode ser considerada irrisória, versando-se, comparativamente, a caso enfrentado pelo STJ no qual quantidade muitas vezes maior de maconha – e de cocaína – não foi reputada como expressiva, *in* :

[A] quantidade das drogas apreendidas não é expressiva **(9,1g de cocaína e 33,3g de maconha)** e, portanto, tal fundamento não é suficiente para justificar o estabelecimento do regime inicial mais gravoso e a negativa de substituição da pena. (...).

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. (grifos nossos)¹⁹

Por fim, cabe analisar se há elementos suficientes para que haja imputação da conduta descrita no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, que consiste em “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei”.

Como já exposto, a conduta praticada tanto por João quanto por José é completamente incompatível com a conduta descrita no artigo. Primeiramente, não há evidências suficientes para determinar que qualquer um dos dois havia praticado os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34, o que descaracteriza de forma irremediável a conduta. Ademais, a mera existência de contato entre os acusados não é suficiente, como já decidiu o STJ no HC nº 349837/SP:

Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. CC nº 93491/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, 3ª Seção, j. 23/04/2008, DJ 08/05/2008.

mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343.2006²⁰

Por essa razão, a mera associação de dois indivíduos em meio a um bloco de carnaval, situação completamente comum, não deve ser interpretada de imediato como vínculo cujo fim é o cometimento de algum crime. Interpretação nesse sentido se configura um estado de suspeição constante em relação a todos os jovens participantes do bloco, proporcionando situação de absoluta insegurança.

O art. 35, portanto, não encontra incidência a partir de uma fundamentação cujo pressuposto já é a realização de atividade ilícita. Forçoso seria reconhecer o caráter periculoso do encontro de dois jovens em contexto festivo e cultural, tal qual é um bloco de carnaval, partindo do princípio que o dinheiro encontrado é resultado de crime e que, por conseguinte, o momento da abordagem policial se deu em meio a tráfico de drogas.

Assim sendo, mesmo na remota hipótese de incidência do art. 33 no caso concreto, não é possível vislumbrar a possibilidade de aplicação do art. 35, visto que uma eventual transação não corresponde automaticamente ao *animus* associativo exigido pelo referido dispositivo.

V. DA NECESSÁRIA ABSOLVIÇÃO DOS APELANTES

De todo o exposto, a única conclusão possível é aquela que leva à absolvição dos Apelantes.

Conforme argumentado, o único embasamento para a condenação dos Apelantes em primeiro grau foram as mensagens obtidas em seus aparelhos celulares de forma ilícita, e, conforme demonstrado, nenhuma condenação pode ser feita unicamente com base em prova ilícita. Além disso, também restou demonstrado que o simples porte de um baseado de maconha não configura o delito de tráfico de drogas, e que o fato de os Apelantes estarem conversando também não automaticamente caracterizaria a existência de uma associação criminosa.

Assim, pela argumentação da ilicitude da prova, os apelantes devem ser absolvidos nos termos do art. 386, II, do CPP - *não haver prova da existência do fato*, pois a prova ilícita não é capaz de provar a existência do fato, tendo em vista sua ineficácia. Também, pela argumentação de que não restou demonstrado nenhum dos crimes pelos quais os apelantes foram condenados, é de rigor sua absolvição ampla, nos termos do art. 386, VII,

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. HC nº 349.837/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 03/05/2016, DJe 10/05/2016.

do CPP (“*não existir prova suficiente para a condenação*”). Deste modo, qualquer que seja o ângulo que se analise a questão, a única conclusão possível é a de que os apelantes devem ser absolvidos.

VI. DOS PEDIDOS

Requer-se, portanto, que seja o presente recurso de apelação conhecido e provido, a fim de que sejam absolvidos os réus, com base no artigo art. 386 do CPP.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 16 de novembro de 2020.

André Araujo de Almeida

NUSP 5738461

Eduardo Rocha Fernandes

NUSP 9840762

Flávia Parra Cano

NUSP 9772662

Jéssica de Oliveira e Silva

NUSP 9287390

Mariana Majzoub Brandani

NUSP 10339372

Pedro Gabriel Barroso de Oliveira

NUSP 10274694

Téo Halben Guerra Leal

NUSP 10338711