



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000343483

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500222-08.2020.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante THIAGO PEREIRA MAGALHÃES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **Vencido o Desembargador Marcelo Semer, nos termos da declaração a ser apresentada.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente sem voto), MARCELO GORDO E MARCELO SEMER.

São Paulo, 28 de abril de 2023.

J.E.S.BITTENCOURT RODRIGUES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº 1500222-08.2020.8.26.0481

Comarca: 1ª Vara da Comarca de Presidente Epitácio

Apelante: THIAGO PEREIRA MAGALHÃES

Apelado: Ministério Público

Autos de Origem: nº 1500222-08.2020.8.26.0481

Voto nº: 1946

Apelação – Organização criminosa – Preliminar de nulidade decorrente da ilicitude da prova, uma vez que decorreria de excesso no cumprimento do mandado de busca e apreensão – Não acatamento – Policiais que, ao comparecer na casa do investigado, apreenderam o celular do réu uma vez que, embora não fosse alvo das investigações inicialmente instauradas, era reincidente e portador de maus antecedentes, havendo suspeita de seu envolvimento com facção criminosa – Vício que não se verifica – Condenação que deve ser mantida – Materialidade e indícios de autoria demonstrados no acervo probatório – Penas corretamente fixadas – Regime inicial fechado – Apelação desprovida.

Por meio da r. sentença proferida pelo D. Juízo da Vara de Origem, THIAGO PEREIRA MAGALHÃES foi condenado às penas de 04 anos e 01 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 12 dias-multa, no valor mínimo legal, por violação ao artigo 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013.

Inconformado, por meio do seu i. Advogado, o réu apelou alegando preliminarmente ilicitude da prova acusatória, a qual decorreria de excessos no cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido judicialmente, eis que os policiais encarregados de executá-lo, ao comparecer na residência do então investigado Marcelo Jorge dos Santos, apreenderam os celulares do réu THIAGO PEREIRA GUIMARÃES, que sequer era alvo da ordem judicial de busca. Ressalta ainda que também não haveria autorização judicial para a “*devassa*



das conversas do WhatsApp e do Messenger dos celulares do acusado". Diante disso, requer a absolvição de THIAGO ou, ao menos, se mantido o título penal condenatório, que o regime prisional seja alterado para o aberto.

O recurso foi contrarrazoado.

Não houve oposição ao julgamento virtual, conforme disciplina o artigo 1º, da Resolução/TJSP nº 772/2017.

A Procuradoria de Justiça Criminal opinou pelo desprovimento do recurso interposto.

É o relatório.

A apelação não se credencia ao provimento.

Preliminarmente, o i. Advogado alega ilicitude das provas, obtidas a partir do desvio de finalidade no cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência de Marcelo Jorge dos Santos, eis que os policiais apreenderam os celulares de THIAGO, pessoa sem qualquer envolvimento com os fatos investigados.

Em que pese o esforço do combativo Advogado, não há qualquer vício a inquinar o cumprimento da cautelar de busca e apreensão realizada na fase investigatória.

De forma breve, necessário entender o contexto em que os fatos ocorreram.

A Autoridade Policial da Comarca de Presidente Epitácio recebeu a notícia de que "(...) MARCELO JORGE DOS SANTOS estaria recebendo "armamento e droga" nesta data, trazidos por seu irmão "JOAO JORGE" da cidade de Campo Grande/MS, e ainda, atentaria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contra a vida de pessoas nesta cidade, dentre eles um servidor da área de segurança pública (Delegado) e terceira pessoa desconhecida (“Weslei”). Ressaltou ainda que Marcelo “tem comprovado vínculo com a facção criminosa denominada “PCC”, inclusive, chegou a ser investigado na conhecida Operação “Dâmocles” deflagrada nesta cidade no ano passado onde foi desmantelada uma enorme organização criminosa liderada por integrantes da referida facção, bem como foi alvo de investigação em operação análoga em 2011, denominada “Retorno”, ostentando, ainda, duas condenações transitada em julgado por tráfico ilícito de drogas (DVC anexo)”.

Diante desse cenário, em 21.08.2019, a D. Autoridade Policial representou ao Juízo de Primeiro Grau não só pela expedição de mandado de busca e apreensão na casa de Marcelo, como também “(...) *pela AUTORIZAÇÃO para análise de dados, fotos, vídeos, arquivos, conversas, mensagens ou qualquer outro elementos de informação existentes em eventuais aparelhos de telefones celulares, mídias, computadores ou qualquer dispositivo de armazenamento, recebimento ou transmissão de dados de interesse para a investigação e que por ventura venham a ser apreendidos durante a execução das buscas, culminando na posterior transcrição ou degravação do conteúdo que guarde interesse na comprovação de ilícitos penais. (...)*” (fls. 44/47).

A D. Magistrada de Primeiro Grau, ao examinar o pedido (Autos nº 1500940-39.2019.8.26.0481 - apenso), deferiu a ordem, ressaltando que:

“Assim, considerando-se que há indícios de que em todas as dependências e anexos do imóvel localizado na quadra 35 da Rua Américo Holpert, Alto do Mirante ou Alto do Mirante I, nesta Cidade e Comarca, local em que constar e residir a pessoa de MARCELO JORGE DOS SANTOS,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

qualificado nos autos, pode haver armas e drogas ilícitas, para fins de prática de crime, com participação de organização criminosa, “PCC”, bem como possível atentados contra pessoas e autoridades policiais, DEFIRO o pedido de busca e apreensão, de armas de fogo, munições, drogas ilícitas, instrumentos que possam ser usados na prática de delito em comento, balanças, celulares, computadores, notebooks, tablets, mídias, documentos, bem como qualquer tipo de armazenamento, recebimento ou transcrição de dados de interesse para a investigação, ante a fundamentação acima e as razões expostas na representação (...)”.

Autorizo, outrossim, desde já, análise de fotos, vídeos, arquivos, conversas, mensagens ou qualquer outro elemento de informação existente em eventuais aparelhos de telefones celulares, mídias, notebooks, tablets, computadores ou qualquer tipo de armazenamento, recebimento ou transcrição de dados de interesses para a investigação e que porventura venha a ser apreendido durante a execução das buscas, culminando na posterior transcrição e degravação do conteúdo que guarde qualquer interesse na comprovação de ilícitos penais, no prazo de 30 dias, prorrogável a pedido. (...)”.

Cumprido o mandado de busca e apreensão, esclareceu a
D. Autoridade Policial:

“(...) Através do presente informo a V. Ex^a que na manhã de hoje foi dado inteiro cumprimento ao mandado de busca e apreensão domiciliar expedidos nos autos supra, onde nada de ilícito foi localizado no domicílio alvo das diligências.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Entretanto no imóvel encontrava-se recém hospedado a pessoa identificada como THIAGO PEREIRA MAGALHAES, egresso da SAP 27/06/19, por livramento condicional em crime de tentativa de homicídio, perpetrado em 10/07/2016, na cidade de Marabá Paulista/SP (docs. anexo), não justificando o motivo de estar nesta cidade.

O investigado MARCELO JORGE DOS SANTOS, afirmou tê-lo acolhido em sua casa, juntamente com sua companheira de prenome “DAIANE”, porque seria seu “conhecido”.

Diante das fundadas suspeitas e por ser de relevante interesse nos fatos sob investigação preliminar, os dois telefones celulares encontrados sob a posse de THIAGO foram apreendidos (RDO 1652/19 – doc. anexo), para que sejam submetidos a exame pericial junto ao Instituto de Criminalística após análise previa indicativa pelo serviço de inteligência policial desta unidade, cujo resultado, se positivo para colheita de elementos informativos na seara penal, instruíra futuro procedimento persecutório próprio a ser distribuído a esse. r. Juízo. (...).

Acerca do acima destacado, a D. Magistrada de Primeiro Grau pronunciou-se nos seguintes termos:

“(...) O pedido foi deferido em 21/08/2019, sendo autorizada a análise de fotos, vídeos, arquivos, conversas, mensagens ou qualquer outro elemento de informação existente em eventuais aparelhos de telefone celular, mídias, notebooks, tablets computadores ou qualquer tipo de armazenamento, recebimento ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

transcrição de dados de interesse para a investigação e que por ventura venha a ser apreendidos durante a execução de buscas, culminando na posterior transcrição e degravação do conteúdo que guarde qualquer interesse na comprovação de ilícitos penais.

O mandado de busca e apreensão foi devidamente cumprido em 22/08/2019, na residência localizada na Rua Américo Holpert, 35, Chácara Real, Presidente Epitácio-SP, e dois aparelhos de telefone teriam sido apreendidos na posse do acusado, que estaria hospedado no local (fls. 38-40).

Logo, é evidente que os principais objetos visados pela medida de busca e apreensão eram, dentre outros, justamente aparelhos de telefone celular ligados a ilícitos penais, não havendo qualquer nulidade na apreensão desses aparelhos.

No presente caso, estamos diante da chamada serendipidade de primeiro grau, situação em que o executor do mandado de busca e apreensão, no decorrer da diligência, encontra um indício que leve a descoberta fortuita de novo autor (serendipidade de 1º grau subjetiva) ou novos fatos criminosos (serendipidade de 1º grau objetiva), mas que tenham ligação, conexão, com o crime objeto inicial do mandado de busca. (...)

Cumprido consignar que, nos termos do artigo 240, § 1º, “d”, do Código de Processo Penal, a ordem judicial que ensejou as buscas na casa do investigado Marcelo amparou-se em fundadas razões aptas a justificar a apreensão de armas e drogas, bem como o envolvimento dele com facção criminosa de renome, a qual teria

inclusive atentado contra a vida de um Delegado de Polícia.

Ao se dirigir para o imóvel de Marcelo, os policiais depararam-se com a presença de THIAGO, pessoa também conhecida em razão de outros delitos, inclusive homicídio qualificado, e contra quem também se tinha a notícia de envolvimento com a mesma facção criminosa.

Diante dessas circunstâncias, era natural que os efeitos do mandado de busca e apreensão também fossem estendidos a THIAGO, apreendendo-se os seus celulares para que fosse alvo de investigações.

Na doutrina, ao tratar dos contornos da *busca domiciliar*, ensina CLEUNICE BASTOS PITOMBO¹ que:

“(...) a busca domiciliar é diligência realizada portas adentro da morada permanente ou temporária do indiciado ou de terceiro suspeito de estar cooperando, ciente ou incientemente, com o autor da infração penal, guardando ou ocultando coisas ou pessoa, objeto de ilícito penal. Consiste, pois, na procura efetuada dentro de uma casa.

A procura pode ultrapassar os limites físicos do imóvel, abrangendo edifícios, terrenos, móveis e lugares diversos. Podendo ser realizada, inclusive, a busca pessoal nos moradores da casa (art. 244, última parte, do CPP).

O varejamento dirige-se, porém, à pesquisa de elementos materiais de convicção, ou à procura de pessoas, sempre, relacionados com o fato investigado ou pesquisado”.

¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v.2), pág. 126.

Foi o que sucedeu no caso concreto.

Por outro lado, acerca do encontro fortuito de provas — comumente chamado de “serendipidade” —, leciona RENATO BRASILEIRO DE LIMA² que:

“Teoria do encontro fortuito (ou casual) de provas (serendipidade): é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida. (...)”.

No caso concreto, os policiais compareceram na casa de MARCELO para investigar o seu envolvimento com facção criminosa, e depararam-se com THIAGO, o qual também possui envolvimento com a mesma facção, conforme demonstrou o conteúdo das mensagens de seu celular, redundando em sua condenação nestes autos.

Portanto, vício algum desponta no cumprimento do mandado de busca e apreensão combatido nas razões recursais, ficando afastada a matéria preliminar.

No mérito, melhor sorte não socorre ao acusado.

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado* — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pág. 546.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

THIAGO foi denunciado por violação ao artigo 2º, *caput*, da Lei nº12850/2013.

Narra o Ministério Público que:

“(...) por período indeterminado, iniciado em data incerta, que perdurou até o dia 22 de agosto de 2019, nesta cidade e comarca de Presidente Epitácio/SP, THIAGO PEREIRA MAGALHAES, qualificado à fl. 03, integrou pessoalmente organização criminosa para prática de infrações penais.

(...)

No bojo dos autos nº 1500940-39.2019.8.26.0481, foi deferida busca e apreensão a ser realizada na residência de Marcelo Jorge dos Santos, situada na quadra 35, Rua Americo Holpert, Alto do Mirante, nesta cidade. De acordo com o relatório que embasou a representação pela medida cautelar, policiais civis do Setor de Inteligência Policial (extrato sistema detecta alerta 44132090 de 21/08/2019 – C05-154-35) receberam informação reservada de que MARCELO JORGE DOS SANTOS receberia “armamento e droga”, trazidas por seu irmão “João Jorge” da cidade de Campo Grande/MS e guardaria em sua residência. Constava, ainda, que MARCELO tinha a intenção de matar um “Delegado” e uma pessoa chamada “Weslei”.

Havia notícia dando conta que MARCELO tinha comprovado vínculo com a facção criminosa PCC (foi investigado em duas operações policiais – “Dâmocles” e “Retorno”) e antecedentes por tráfico de drogas, o que reforça as suspeitas de que o local estaria sendo utilizado para o depósito de drogas e armas de fogo.

Durante o cumprimento ao mandado de busca e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apreensão domiciliar, no imóvel encontrava-se recém hospedada a pessoa identificada como THIAGO PEREIRA MAGALHAES, sendo que o investigado Marcelo Jorge dos Santos afirmou tê-lo acolhido em sua casa, juntamente com sua companheira de prenome “Daiane”, porque seria seu “conhecido”.

Diante das fundadas suspeitas e por ser de relevante interesse nos fatos sob investigação preliminar, os dois telefones celulares encontrados sob a posse de THIAGO foram apreendidos, sendo um Motorola, cor preto e azul, IMEI 1 358185072240499 e IMEI2 3581850722400507, e um Samsung, cor preta, MEI1 359585073500222 e IMEI2 359586073500220.

Da análise destes aparelhos, em especial das conversas entabuladas nos aplicativos de mensagens, como WhatsApp e Messenger, restou verificado que o DENUNCIADO é integrante da referida organização criminosa, voltada à prática de diversas infrações penais, das mais variadas espécies, tendo o tráfico de drogas como sua principal atividade voltada à obtenção de vantagens financeiras.

Restou evidente que o DENUNCIADO, além da função de “batismo”, também controlava os documentos referentes ao ingresso de novos integrantes à organização criminosa.

Quanto ao batismo, é de conhecimento público que cada interessado em fazer parte de organização criminosa deve ser indicado por alguém que já faz parte dela. Assim, quem indica é denominado “irmão” e o indicado precisa passar por uma espécie de “batizado”.

Em conversas apontadas no laudo, o DENUNCIADO trata do batismo de uma integrante do sexo feminino, a ser trazida pelo interlocutor. Referido interlocutor esclarece a necessidade do contato feito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

com o DENUNCIADO e da sua inserção em um grupo de whatsapp onde será realizado o batismo.

E não é só. Ao DENUNCIADO são encaminhados os dados de exclusão de integrantes, a denotar sua relevância na organização e controle que exerce em relação à entrada e saída de pessoas ao grupo criminoso.

Tais fatos encontram sólida base nas conversas telefônicas extraídas nos aparelhos celulares apreendidos na posse do DENUNCIADO.

(...)

Ademais, sabe-se que a organização criminosa é dividida por 'sintonias', como são conhecidos os departamentos da facção.

Trata-se de estrutura hierárquico-piramidal composta pelo órgão máximo de cúpula da facção – sintonia final – seguido por órgãos intermediários de liderança, chamados sintonias, subordinados de maneira direta à cúpula.

Pelo diálogo abaixo juntado, resta evidente que o próprio DENUNCIADO se identifica como integrante da “regional 018”, uma subdivisão do grupo criminoso, e trata diretamente com um interlocutor que se identifica como sintonia geral do grupo, a denotar sua relevância na estrutura e seu contato direto com pessoas que exercem poderes relacionados a certa chefia ou comando.

(...)

As investigações deixaram evidente que THIAGO é integrante da organização criminosa e que participa de suas atividades



ilícitas.

Para além disso, restou evidenciado que o DENUNCIADO, conforme narrado anteriormente, para auxiliar na manutenção da organização criminosa praticou outros crimes, como tráfico de drogas e comércio de arma de fogo, conforme conversas abaixo dispostas.

(...)

Vê-se, pois, que o DENUNCIADO integrou, por período indeterminado, a facção ora mencionada, desenvolvendo funções, inclusive participação na estrutura hierárquico-piramidal da organização criminosa em sua principal atividade ilícita relacionada à obtenção de vantagens financeiras, a saber, tráfico de drogas.

Ainda corroborando todo o exposto, ressalta-se que THIAGO já foi condenado pelo crime de homicídio, processado por crimes de furto e receptação, conforme folha de antecedentes que ora se junta, a demonstrar sua incursão e permanência no mundo do crime.

Por fim, ressalta-se que as mensagens colacionadas acima são apenas exemplificativas, mas todas elas encontram-se no laudo pericial encartado às fls. 40/74, cuja análise torna estreme de dúvidas a prática do delito em tela. (...)"

A materialidade do delito está comprovada pelo laudo pericial dos aparelhos de telefone celular apreendidos e do depoimento colhido em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A autoria delitiva é inegável.

Interrogado em juízo, THIAGO negou a prática delitiva. Disse que na véspera dos fatos fora convidado a um churrasco, na casa

de Marcelo. Em dado momento, emprestou o seu aparelho celular para ele, não sabendo com quem conversou. Como já era tarde, resolveu pernoitar no local. No dia seguinte, acordou com a chegada dos policiais na casa, que abordaram a todos, apreendendo celulares e os conduzindo presos.

A alegação de inocência não convence.

A testemunha Márcio Domingos Fiorese, Delegado de Polícia, relatou em juízo que acompanhou pessoalmente o cumprimento do mandado de busca e apreensão na casa de Marcelo, na ocasião dos fatos. Disse que *“Procurávamos drogas e armas. Por serendipidade, apreendemos celulares que estavam na posse do Thiago”*. Nos áudios gravados nos celulares de THIAGO, foram constatados conteúdos que revelavam a sua participação em organização criminosa, tais como diálogos de pessoas solicitando-lhe um *“quilo de óleo em Santos”* (maconha) ou a sua intermediação para aquisição de arma de fogo. Os interlocutores falavam que ele era da facção criminosa, vinculado ao chamado *“batismo e à exclusão de membros da 018”* (localidade). Afirmou ter atuado de forma específica nas investigações que envolviam o “PCC”, na Operação Dâmocles, que foi bastante grande e em que os termos batismo, exclusão, sintonia eram dizeres empregados como identificadores da facção. Foi justamente isso que se concluiu pelas conversas de Whatsapp, que THIAGO estaria ligado à função de inclusão — eles iam batizar um rapaz chamado Miguel; outros falam de prazo de exclusão de algumas pessoas. Ele atuaria nessa parte, teria alguma atuação na indicação de membros, batismo, um interlocutor até fala: *“vou estar fechando a inclusão, você me auxiliaria”*.

Ora, não há por que se duvidar dos relatos prestados pelo pela testemunha —Delegado de Polícia—, não se constatando deles



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

qualquer ânimo ou intenção de incriminar falsamente o réu THIAGO.

Prevalece na jurisprudência o entendimento segundo o qual não se deve menoscar as informações que prestam as vítimas e testemunhas inclusive quando se trata de membros das corporações de segurança pública, mormente quando não se verifica a presença de motivo indicativo de propensão a mentir em desfavor do agente.

Nesse sentido, confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS SUFICIENTES. TESTEMUNHO POLICIAL INDIRETO DE QUE O CORRÉU AFIRMA PARTICIPAÇÃO DO AGRAVANTE. PROVA ACESSÓRIA. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS QUE SUSTENTAM A CONDENAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA NÃO RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. **Indicando a Corte local dar-se a condenação não apenas pelo depoimento de policial, mas por outras provas também valoradas, não cabe a pretensão de nulidade da condenação.** 2. **Inexistindo impedimento legal ao depoimento de policiais e presentes outras provas que sustentem a condenação, não há falar em nulidade.** 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg nos EDcl no HC n. 446.151/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 7/2/2019, DJe de 27/2/2019)” (ressalvo negritos e sublinhados)

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Concluindo as instâncias de origem, de forma fundamentada, acerca da autoria e materialidade delitiva assestadas ao agravante, considerando especialmente o flagrante efetivado e os depoimentos prestados em juízo, inviável a desconstituição do raciocínio com vistas a absolvição por insuficiência probatória, pois exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, esbarrando no óbice da Súmula n. 7/STJ. 2. **Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal.** (...) 3. Agravo improvido. (STJ - AgRg no AREsp n. 1.281.468/BA, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 6/12/2018, DJe de 14/12/2018)” (ressalvo negritos e sublinhados)

Pois bem. Estabelece a Lei nº 12.850/2013 que:

“(…)

Art. 1º § 1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

(…)

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Acerca do alcance da norma incriminadora prevista no artigo 2º, da Lei de Organização Criminosa, ensina CLEBER MASSON que:

“Pela primeira vez aportou no ordenamento jurídico brasileiro o crime de promover (fomentar, desenvolver, estimular, impulsionar, anunciar, propagandear), constituir (compor, formar, dar existência), financiar (apoiar financeiramente, custear despesas, prover o capital necessário para) ou integrar (participar, tornar-se parte de um grupo, associar-se, estabelecer conexão), pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

O legislador, portanto, criminalizou não só a conduta daquele que integra a organização criminosa e/ou a financia, mas, também, de quem a constitui e/ou a promove. Assim, tanto quanto os integrantes e os financiadores do grupo criminoso, incorre no delito do art. 2.º, caput, da Lei 12.850/2013 o “promotor ou fundador”, ou seja, “aquela pessoa que tem a ideia criadora da organização criminosa e procede ao ato de criação da associação, mesmo que não tenha qualquer atividade subsequente nela”.

Por sua vez, o integrante ou membro da organização criminosa é aquela pessoa que integra as suas fileiras,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

engrossando o seu número de pessoas “disponíveis”.

Aliás, é justamente na “disponibilidade do membro que reside a razão de ser da censura penal”, porquanto esse elemento “implica subordinação à vontade coletiva (a todo o tempo e em qualquer lugar) e esta subordinação reflete a especial perigosidade do membro. Por isso, o membro não tem que conhecer todas as atividades da associação, nem sequer nelas participar”.

(...)

Ademais, o crime de organização encerra um tipo penal misto alternativo (de ação múltipla, de condutas variáveis ou fungíveis). Destarte, ainda que determinado sujeito venha a flexionar mais de um núcleo do tipo, apenas um delito restará configurado se tudo ocorrer dentro de um mesmo contexto, sem prejuízo de que a reprimenda seja elevada quando da fixação da pena-base (art. 59 do CP). (...).”.

“In casu”, todos os elementos acima destacados estão presentes.

De acordo com o laudo do aparelho celular, marca Motorola, modelo XT1543, IMEI's 358185072240499 e 3581850722400507, linha VIVO 55 18 99735-2643, apreendido na posse do réu THIAGO, há diversos diálogos que demonstram o crime de organização criminosa.

No dia 21.08.2019, um dia antes da apreensão do aparelho, o réu manteve conversa com o proprietário da linha 55 11 95936-0058, indicando THIAGO estava diretamente vinculado ao batismo e à exclusão de membros da "regional da 018" (DDD da região,

indicativos de localidade).

Em outra conversa (“áudio”), um tal de “Fernando” pede ao réu que faça a intermediação da aquisição de arma de fogo. Confira-se: *“Ô irmão, com todo o respeito aí tamém parceiro, não é querendo mudar o foco aí das idéia não. É, deixa eu falar pro cê irmão, será que o irmão não consegue mandar mais alguma caminhada pra mim essa semana aí da arma, pra mim tá mandando pro irmão lá irmão, pra mim traçar lá, outro dia o irmão veio aqui na quebrada irmão”*.

Em outro áudio, foi identificada a seguinte mensagem: *“Uma boa tarde, um forte abraço aí viu irmão. Como é que ce tá? Quem chega é o Miguel. Aí irmão, na data de hoje aí eu vo ta fechando com você no livro. É, vo ponhá o telefone pra carregar aqui irmão, que ele tá 5%. Aí ele dano uma carguinha aqui eu já bato no irmão aí já pra pegar entendimento de como é que funciona. Fechô meu irmão? Da hora, satisfação aí”*.

No dia 21.08.2019, o proprietário do número 55 13 99759-1658 pergunta ao réu THIAGO se ele conhecia alguém para buscar um “quilo de óleo em Santos” (droga). Também foi constatada uma conversa entre ele e um tal de “Luizi Luizinho Ramos Bello”, através da rede social *Facebook*, no dia 19.08.2019, na qual o acusado é perguntado acerca do valor do quilo da droga.

Como bem ressaltado pelo D. Juízo Sentenciante, *“(...) o acusado manteve conversas com interlocutores de diferentes localidades do estado e os termos utilizados: batismo, exclusão, sintonia, livro da regional disciplinar, além de relatos acerca da aquisição de armas e drogas denotam que o acusado, premido por dolo, cometeu o delito descrito no artigo 2º, caput, da Lei 12.850/2013”*.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ora, sendo idônea a prova produzida em juízo, é incabível o acolhimento da tese da insuficiência probatória reclamada pelo acusado THIAGO, até porque não trouxe ele contraprova capaz de depreciar o conteúdo dos elementos de convicção que a incrimina.

O título penal condenatório, frente a este contexto, deve ser mantido.

Passa-se ao exame das penas fixada pelo Juízo.

O réu é portador de maus antecedentes (Proc. n° 0002031-04.2014.8.26.0357 e n° 0003433-62.2016.8.26.0483 - fls. 336/340 e 326/331). Daí porque o D. Magistrado de Primeiro Grau elevou a pena-base em 1/6, fixando-a em 03 anos e 06 meses de reclusão, e 11 dias-multa.

Em seguida, por força da recidiva (Proc. n° 1500685-13.2019.8.26.0439), as penas foram agravadas em mais 1/6, alcançando o patamar de 04 anos e 01 mês de reclusão, e 12 dias-multa.

À míngua de causas de aumento ou diminuição, as penas tornaram-se definitivas.

Dadas as condições pessoais do increpado —reincidente e portador de maus antecedentes —, o regime inicial fechado se revela adequado, devendo ser mantido. Também não há se cogitar de substituição da carcerária por restritivas de direitos.

O réu respondeu em liberdade aos termos da ação penal, não se podendo cogitar de detração (art. 387, § 2º, CPP).

Ante o exposto, afastada a matéria preliminar, **NEGO**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROVIMENTO ao recurso de apelação.

J. E. S. BITTENCOURT RODRIGUES

Relator



Voto nº 23068
Apelação Criminal nº 1500222-08.2020.8.26.0481
Comarca: Presidente Epitácio
Apelante: Thiago Pereira Magalhães
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO

Não obstante os bons fundamentos muito bem empregados no voto condutor, com o brilhantismo de que é costumeiro o D. Relator, tenho que a matéria preliminar deveria mesmo ser acolhida.

Tratou-se, à evidência, de extrapolação do mandado de busca, considerando que o apelante nem sequer era objeto da diligência policial, sendo abordado e tendo seu aparelho de telefonia celular apreendido, apenas porque estava temporariamente na residência do efetivo investigado.

Embora a acusação, no que foi acolhido pelo i. relator, tenha se lastreado na tese da serendipidade, fato é que nem sequer se pode dizer que, no cumprimento do referido mandado de prisão, aventou-se a prática de outro ilícito a que os policiais não poderiam, por dever de ofício, ignorar. Não havia qualquer indicativo de cometimento de crime, tanto que este teria sido apurado apenas posteriormente, ou seja, quando da análise do aparelho de telefonia celular apreendido, que estava além do escopo da busca, eis que não pertencia ao investigado.

Ainda que a polícia pudesse ter sua suspeita despertada pela presença de outras pessoas, cabia pleitear a extensão da busca para que pudesse efetivá-la e não apenas fazer em todas as pessoas da residência, sobre seus bens particulares, e agregar, como fato consumado, à investigação.

A necessidade de mandado de busca e apreensão tem como fundamento a garantia da privacidade contra a ação desmesurada do Estado -o fato de que o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mandado deva ser individualizado se dá pelo mesmo motivo. Não se duvide que a prática de um crime às vistas da polícia poderia fazê-los agir em flagrante delito - mas o que se deu na hipótese, pese a combatividade e a ânsia de prestar serviços relevantes, foi o puro aproveitamento de um mandado de busca para expandir a quebra da privacidade permitida.

A jurisprudência do C. STJ tem indicado que os limites da diligência policial não podem ser excedidos nem quando ela se dirige à prisão de determinada pessoa, eis que não significa, necessariamente, uma busca amplamente liberada.

Como, aliás, ficou assentado em recente aresto do C. Superior Tribunal de Justiça (RHC 153988, 6ª Turma, rel. ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 11/04/2033)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. De acordo com o disposto no art. 293 do CPP, para ingressar em domicílio a fim de dar cumprimento a mandado de prisão, o executor primeiro deve intimar o morador a entregar o foragido e, depois, em caso de desobediência, se durante o dia, a autoridade – com duas testemunhas – poderá adentrar o imóvel.

2. No caso dos autos, além de não haver sido observado o procedimento legal previsto no referido dispositivo, nem sequer se sabia, com segurança, se o réu estava ou não dentro da casa, haja vista que o mandado de prisão foi cumprido a partir de informações anônimas de que o investigado estava em determinada residência. Não havia fundadas razões de que o alvo estaria, de fato, no interior daquela casa.

3. Ainda que seguido o procedimento legal descrito no art. 293 do CPP e ainda que admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para a captura do recorrente a fim de dar cumprimento ao

mandado de prisão, isso não bastaria para validar a apreensão de diversos bens – aparelhos celulares, computadores etc. – dentro do referido local. Quando o cumprimento do mandado de prisão ocorrer no domicílio do investigado, é permitido apenas o seu recolhimento e o dos bens que estejam na sua posse direta, como resultado de uma busca pessoal (art. 240 do CPP), mas não de todos os objetos guarnecidos no imóvel que possam, aparentemente, ter ligação com alguma prática criminosa.

4. A obtenção de elementos de convicção ou de possíveis instrumentos utilizados na prática de crime – ainda que seja ao tempo do cumprimento da ordem de prisão no domicílio do réu – exige autorização judicial prévia, mediante a expedição do respectivo mandado de busca e apreensão (art. 241 do CPP), no qual devem ser especificados, dentre outros, o endereço a ser diligenciado, o motivo e os fins da diligência (art. 243 do CPP), o que, no entanto, não ocorreu. É de se destacar, também, que muitos dos bens apreendidos se encontravam em outras residências do condomínio e que o local onde o recorrente foi detido nem sequer era sua residência.

5. Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência. É o que se extrai da exegese do art. 248 do CPP, segundo o qual, "Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência".

6. É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo – vinculado à justa causa – para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas.

7. Na hipótese, a apreensão de diversos objetos supostamente relacionados à prática de crimes, tais como lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, não decorreu de mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo recorrente, mas sim de verdadeira pescaria probatória dentro da residência, totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturá-lo para fins de cumprimento do mandado de prisão. Ademais, conforme descrito no boletim de ocorrência, nenhum dos bens apreendidos se

encontrava na posse do ora recorrente. A ordem judicial era, tão somente, de prisão. De igual modo, é de se ressaltar que o caso não revela qualquer possibilidade de fonte independente, porquanto não há nenhum elemento concreto capaz de indicar que os agentes estatais pudessem vir a localizar e apreender os referidos bens, se não houvesse o cumprimento do mandado de prisão no interior da residência.

8. Uma vez que não houve prévia autorização judicial para a realização de busca e apreensão na residência do recorrente, deve ser reconhecida a ilicitude das provas por tal meio obtidas e, por conseguinte, de todos os atos delas decorrentes (art. 157 do CPP).

9. Porque reconhecida a ilicitude das provas obtidas em desfavor do recorrente por meio da medida de busca e apreensão – da qual resultou, entre outros, a apreensão de celulares –, bem como de todas as provas das que delas decorreram, fica prejudicada a análise da alegação de que a decisão de quebra do sigilo eletrônico/telemático dos celulares apreendidos não teria sido concreta e suficientemente fundamentada.

10. Recurso em habeas corpus provido, a fim de reconhecer a nulidade da busca e apreensão de todos os bens efetuada em setembro de 2019 durante o cumprimento de mandado de prisão expedido em desfavor do ora recorrente e, por conseguinte, declarar a ilegalidade da apreensão e revogar a constrição desses bens. Consequentemente, fica determinado o trancamento do IP n. 2270947- 60.2019.200602, judicializado na forma do Processo n. 1528907- 91.2019.8.26.0050 em São Paulo – SP.

Com mais razão, quando a diligência foi pleiteada e requerida contra pessoa diversa daquela em que se executa.

Nestas condições, reconhecendo a ilicitude da busca, era mesmo caso de prover o apelo pela absolvição, como o fazia em meu voto.

MARCELO SEMER
Terceiro Juiz



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	21	Acórdãos Eletrônicos	JOSE ERNESTO DE SOUZA BITTENCOURT RODRIGUES	1F963CB1
22	25	Declarações de Votos	MARCELO SEMER	1FB86533

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1500222-08.2020.8.26.0481 e o código de confirmação da tabela acima.