



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.003 - DF (2018/0100831-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ARIEL GOMIDE FOINA
ADVOGADO : ARIEL GOMIDE FOINA - DF022125
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE : HELSON FERREIRA DA COSTA FILHO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IRRELEVÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE DE TRAFICÂNCIA. MEIOS DE PROVA INDEPENDENTES E SUFICIENTES. REEXAME DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT CONHECIDO EM PARTE, E NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

1. Após diversas denúncias anônimas e realizadas campanhas por agentes policiais, o Paciente foi preso em flagrante no dia 22/05/2015, convalidada em preventiva em 23/05/2015 e, posteriormente, denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, pois surpreendido na posse de várias porções de maconha, no total de 1.945,19g, 50,98g de espécies de sementes de maconha, 22 selos de LSD e 2 frascos com a mesma substância em forma líquida, além de petrechos destinados à comercialização e R\$ 9.229,50 (nove mil, duzentos e vinte e nove reais e cinquenta centavos) em espécie.

2. Na abordagem, foi apreendido o aparelho celular do Paciente, sendo realizadas buscas no referido objeto, inclusive nas conversas mantidas no aplicativo de mensagens *whatsapp*. Ilicitude. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Não obstante a ilicitude da prova consistente nos dados extraídos do aparelho telefônico do Paciente sem prévia autorização judicial, bem como de todas as demais provas que dela derivem, o Tribunal de origem depreendeu de outros elementos probatórios, obtidos de maneira independente, a habitualidade da traficância pelo Paciente.

4. Para se desconstituir o entendimento firmado no acórdão impugnado de que as demais provas são suficientes, e independentes dos dados obtidos da quebra do sigilo telefônico, para inferir a dedicação do Paciente à atividade criminosa e, por conseguinte, concluir pelo preenchimento dos requisitos previstos no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via do *habeas corpus*.

5. O tema referente à prisão domiciliar, pleito formulado em razão da curatela de sua genitora e do seu estado de saúde, não foi examinado pelo Tribunal local. Supressão de instância.

6. *Writ* conhecido em parte e, na extensão conhecida, denegada a ordem.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nesta parte, denegar a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 26 de março de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.003 - DF (2018/0100831-0)

IMPETRANTE : ARIEL GOMIDE FOINA
ADVOGADO : ARIEL GOMIDE FOINA - DF022125
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : HELSON FERREIRA DA COSTA FILHO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de HELSON FERREIRA DA COSTA FILHO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios proferido no julgamento da Apelação Criminal n.º 2015.01.1.059590-3.

Consta dos autos que o Paciente, preso em flagrante no dia 22/05/2015, teve prisão preventiva decretada em 23/05/2015 e, posteriormente, denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, pois surpreendido na posse de várias porções de maconha, no total de 1.945,19g, 50,98g de espécies de sementes de maconha, 22 selos de LSD e 2 frascos com a mesma substância em forma líquida, além de petrechos destinados à comercialização e R\$ 9.229,50 (nove mil, duzentos e vinte e nove reais e cinquenta centavos) em espécie.

Em primeiro grau de jurisdição, por sentença proferida em 25/02/2016, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal. Ao final, foi-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade, determinando-se a expedição do alvará de soltura.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 63).

Irresignadas, as Partes interpuseram recursos de apelação. A Corte de origem deu-lhe parcial provimento, para, dentre outras questões, afastar a valoração negativa do vetor 'personalidade' e a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, fixando a sanção final em 6 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais 600 dias-multa. O acórdão foi assim ementado (fls. 65-66):

"TRÁFICO DE DROGAS. PROVAS ILÍCITAS. PROCEDIMENTO INAPROPRIADO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL DO ART. 42 DA LAD. MANUTENÇÃO. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PERDIMENTO DOS BENS. NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA. MANUTENÇÃO.

I - A apreensão do celular do réu e a verificação pelos policiais de mensagens, indicativas de tráfico de drogas, não configura interceptação telefônica ou quebra de sigilo de dados. A garantia insculpida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, se refere, especificamente, à vedação de interceptação no fluxo comunicativo entre duas pessoas, ou seja, a interferência de um terceiro no ato, o que não se confunde com a verificação das mensagens de texto ou das últimas ligações recebidas ou efetuadas de celulares apreendidos na posse de suspeitos.

II - Ao contrário do que ocorre no procedimento comum, no rito especial da Lei n.º 11.343/2006, o interrogatório é realizado no início da audiência de instrução e julgamento.

III - Mantém-se a valoração negativa da conduta social e da circunstância especial prevista no art. 42 da LAD quando devidamente fundamentadas e lastreadas em fatos concretos existentes nos autos.

IV - Não constitui fundamento idôneo para agravar a pena a título de uma maior reprovabilidade da conduta o fato de o réu ter optado pelo tráfico de drogas, eis que tal circunstância é ínsita ao tipo penal pelo qual foi condenado.

V - O fato de o tráfico de entorpecentes constituir verdadeiro flagelo social é circunstância inerente ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei de Drogas e, portanto, não pode servir para fundamentar o aumento da reprimenda a título de consequência negativa do delito.

VI - O monitoramento do réu pela polícia durante certo período que antecedeu a prisão aliado à grande quantidade de drogas e dinheiro apreendidas em seu poder, assim como a detenção de seis usuários no local do flagrante e a existência de vários petrechos destinados a comercialização dos entorpecentes permitem concluir ser o réu pessoa dedicada às atividades criminosas, fazendo do tráfico o seu meio de vida, eis que exercido de forma habitual.

VII - Não comprovada a origem lícita dos valores apreendidos com o réu no momento do flagrante, e havendo fortes indícios da proveniência criminosa da quantia requerida, inviável o acolhimento do pedido de restituição. Precedente desta Corte.

VIII - Devida a restituição dos bens que não tenham vinculação com o tráfico e comprovadamente adquiridos cinco anos antes dos fatos em apuração.

IX - Recursos conhecidos e parcialmente providos."

Os embargos declaratórios opostos ao julgado foram rejeitados. Por oportuno, destaca-se do voto condutor o seguinte trecho, no que interessa (fl. 103; sem grifos no original):

*"Com relação às condições de cumprimento de pena, não se constata das razões de apelação qualquer requerimento relativo à submissão do réu a **tratamento psiquiátrico ou ao cumprimento de pena em regime domiciliar.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, estando a Defesa ciente da interposição de recurso pelo Ministério Público, no qual buscava o agravamento da pena aplicada e do regime prisional, competia à Defesa ter se insurgido em suas razões de apelação sobre este ponto caso desejasse o pronunciamento judicial, o que não ocorreu na espécie.

De todo o modo, é imperioso registrar que questões concernentes ao cumprimento da pena devem ser resolvidas pelo Juízo das Execuções Penais, competente para a matéria, consoante determinação do art. 66, da Lei de Execução Penal, na medida em que é este Juízo que detém melhores condições de examinar as condições pessoais do embargante."

Daí o presente *mandamus*, no qual alega o Impetrante que, ao ser preso o ora Paciente, os policiais apreenderam o seu celular e, sem autorização judicial, checaram suas mensagens, sendo estas consideradas como provas aptas a atestarem a conduta delitiva.

Salienta que a minorante do tráfico foi afastada em segunda instância em decorrência da prova ilegalmente obtida, pois se concluiu pela dedicação do Réu às atividades criminosas.

Argumenta que as provas indevidamente obtidas do aparelho telefônico do Acusado, *"sem prévia e expressa autorização, deveriam ser desconsideradas nos autos em comento, por terem sido colhidas de forma ilícita"* (fl. 5).

Invoca a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e o disposto no art. 157 do Código de Processo Penal.

Aduz a nulidade da sentença condenatória e do acórdão impugnado, porquanto fundados em prova produzida ilicitamente.

Afirma, ademais, que o Paciente é curador de sua genitora, que teve perda de massa encefálica e consequente lesão cognitiva irreversível, o que denota a possibilidade do cumprimento da pena em regime domiciliar, nos termos do art. 318, inciso III, do Código de Processo Penal.

Acrescenta que o Réu *"apresenta quadro de depressão"* (fl. 8), com tendências suicidas, o que acarretou o trancamento do curso superior que frequentava em 2014. Sustenta que o estado do Apenado piorou com sua introdução no sistema carcerário, desenvolvendo sintomas de síndrome do pânico.

Requer, liminarmente, a suspensão do acórdão condenatório até o julgamento final desta impetração. No mérito, busca que:

"seja reconhecida a nulidade da prova colhida indevidamente do celular do réu sem prévia autorização judicial e, com isso, a necessidade de exclusão dos autos do processo de origem (Ação Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2015.01.1.059590-3), do Relatório n.º 325/2015 - SRD - 2ª DP, declarando-se, assim, nulos os Acórdãos n.ºs 982006 e 975995, proferidos pela Terceira Turma Criminal do TJDF, e demais atos fundados em tal prova nula, isto para restabelecer a sentença de fl. 366/377 nos termos em que fora lançada (eis que não fundamentada em nenhum elemento do aludido relatório e, portanto, não 'contaminada' pelo 'fruto da árvore envenenada')" (fl. 9).

Alternativamente, pleiteia o cumprimento da sanção imposta em regime domiciliar (fl. 10).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 119-123.

Prestadas as informações pelas instâncias ordinárias (fls. 150 e 217), o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario Ferreira Leite, opinou pela concessão da ordem, de ofício, para que seja aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 no patamar máximo (fls. 225-234).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.003 - DF (2018/0100831-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IRRELEVÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE DE TRAFICÂNCIA. MEIOS DE PROVA INDEPENDENTES E SUFICIENTES. REEXAME DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT CONHECIDO EM PARTE, E NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

1. Após diversas denúncias anônimas e realizadas campanhas por agentes policiais, o Paciente foi preso em flagrante no dia 22/05/2015, convolada em preventiva em 23/05/2015 e, posteriormente, denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, pois surpreendido na posse de várias porções de maconha, no total de 1.945,19g, 50,98g de espécies de sementes de maconha, 22 selos de LSD e 2 frascos com a mesma substância em forma líquida, além de petrechos destinados à comercialização e R\$ 9.229,50 (nove mil, duzentos e vinte e nove reais e cinquenta centavos) em espécie.

2. Na abordagem, foi apreendido o aparelho celular do Paciente, sendo realizadas buscas no referido objeto, inclusive nas conversas mantidas no aplicativo de mensagens *whatsapp*. Ilicitude. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Não obstante a ilicitude da prova consistente nos dados extraídos do aparelho telefônico do Paciente sem prévia autorização judicial, bem como de todas as demais provas que dela derivem, o Tribunal de origem depreendeu de outros elementos probatórios, obtidos de maneira independente, a habitualidade da traficância pelo Paciente.

4. Para se desconstituir o entendimento firmado no acórdão impugnado de que as demais provas são suficientes, e independentes dos dados obtidos da quebra do sigilo telefônico, para inferir a dedicação do Paciente à atividade criminosa e, por conseguinte, concluir pelo preenchimento dos requisitos previstos no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via do *habeas corpus*.

5. O tema referente à prisão domiciliar, pleito formulado em razão da curatela de sua genitora e do seu estado de saúde, não foi examinado pelo Tribunal local. Supressão de instância.

6. *Writ* conhecido em parte e, na extensão conhecida, denegada a ordem.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

No espécie, o Paciente, após diversas denúncias anônimas noticiando o tráfico de drogas "*na região da Asa Norte e envolvendo o seu nome*" (fl. 79), foram realizadas campanhas por agentes policiais nas proximidades da residência do Sentenciado. Com a monitoração, foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

percebida:

"uma intensa movimentação de pessoas no apartamento do Investigado [...]. Consta que no dia anterior à prisão, doze pessoas estiveram no apartamento do Réu, predominantemente no período noturno. No dia da prisão foram detidos, juntamente com o Réu, seis usuários de drogas, além das apreensões de grande quantidade de dinheiro e de drogas várias, que eram armazenadas pelo Réu" (fl. 79).

Segundo narrado na denúncia, o aparelho celular do Paciente foi apreendido na abordagem pelos policiais, sendo realizadas buscas no referido objeto, inclusive nas conversas mantidas no aplicativo de mensagens *whatsapp*, *in verbis*:

"Ressalte-se que, após a prisão, os policiais verificaram, pelo aplicativo Whatsapp, várias transações realizadas entre o denunciado e os usuários de drogas." (fl. 53)

De início, ressalto que, nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, é ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do *whatsapp*) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PROVAS. OBTENÇÃO. DADOS CONSTANTES DE APARELHO CELULAR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA. APREENSÃO NO MOMENTO DO FLAGRANTE. ILICITUDE. DENÚNCIA. REJEIÇÃO.

1. '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.' (HC 372.762/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

2. No caso dos autos, verifica-se que os policiais militares responsáveis pela abordagem e prisão em flagrante do agente acessaram os registros telefônicos e o histórico de conversas via Whatsapp sem que houvesse prévia autorização judicial, o que revela a ilicitude da prova obtida com a medida.

3. Não subsistindo outros elementos de prova autônomos e suficientes para determinar o prosseguimento da ação penal, deve ser mantida a decisão do Juízo de origem que rejeitou a denúncia.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.748.161/AC,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018, sem grifos no original).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRESOS EM FLAGRANTE QUE TIVERAM SEUS TELEFONES CELULARES ACESSADOS PELA POLÍCIA SEM MANDADO JUDICIAL. NULIDADE. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A defesa, no writ originário, pleiteava a revogação da prisão preventiva em decorrência da falta de justa causa oriunda da nulidade das provas adquiridas por meio do acesso aos smartphones. Neste habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a defesa repisa o argumento de nulidade da quebra do sigilo dos telefones celulares, mas cinge-se a pedir a 'exclusão processual de todas as provas obtidas e as provas derivadas'

2. Existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea. A partir desse panorama, a doutrina nomeia o chamado direito probatório de terceira geração, que trata de 'provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais'.

3. Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões a priori absolutas. **Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente.**

4. Habeas corpus concedido, a fim de reconhecer a ilegalidade das provas produzidas pelo acesso aos telefones celulares sem mandado judicial, determinando ao Juiz de primeira instância que avalie quais evidências devem ser eliminadas dos autos por derivação, bem como as que devem remanescer em função de fonte independente ou de descoberta inevitável." (HC 418.180/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 21/11/2018, sem grifos no original).

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, embora tenha concluído que não houve quebra do sigilo telefônico (mensagens trocadas via whatsapp constantes no Relatório n.º 325/2015 – SRD – 2.ª DP), destacou (fls. 77-79; sem grifos no original):

"Por outro lado, mesmo que os policiais não tivessem acesso ao conteúdo das mensagens do aparelho celular, há outras provas da materialidade e da autoria do crime de tráfico de drogas atribuído ao apelante, razão pela qual, ainda que se desconsidere aquela prova, o que, evidentemente, não é o caso, a condenação deve ser mantida, conforme se verá no exame do mérito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

A materialidade e a autoria do delito que, aliás, não foram questionadas, restaram fartamente comprovadas pelos Autos de Apresentação e Apreensão nº 423/2015 (fls. 4/5), nº 425/2015 (fls. 6/7) e nº 424/2015 (fls. 42/43); Auto de Prisão em Flagrante nº 214/2015 - 2ª DP (fls. 8/24); Comunicação de Ocorrência Policial nº 4.342/2015-0 (fls. 25/35); Laudos de Perícia Criminal - Exame Preliminar em Material nº 2356/2015 (fls. 36/41) e nº 2355/2015 (fls. 44/46); **Relatório 325/2015 - SRD - 2ª DP** (fls. 89/102); Relatório Final da Autoridade Policial (fls. 104/108); Laudo de Exame de Corpo de Delito - Toxicológico nº 22.433/15 (fls. 125/127); Laudos de Perícia Criminal - Exames Químicos nº 19.161/2015 (fls. 167/170), nº 20.605/2015 (fls. 171/176) e nº 31.675/2015 (fls. 294/296); e pela prova oral colhida nos autos (fase do inquérito - fls. 8/24; e fase judicial - fls. 247/253).

Verifica-se, ainda, que a autoria do crime restou comprovada pelo sólido conjunto probatório produzido, pois, como consta no bem elaborado **Relatório nº 325/2015 - SRD - 2ª DP** (fls. 89 e segs.) o réu passou a ser investigado após diversas denúncias anônimas noticiando o tráfico de drogas na região da Asa Norte e envolvendo o seu nome. Com a monitoração do réu, **os agentes de polícia perceberam uma intensa movimentação de pessoas no apartamento do investigado, por meio de campanhas realizadas nos dias que precederam a prisão em flagrante.** Consta que no dia anterior a prisão, doze pessoas estiveram no apartamento do réu, predominantemente no período noturno. **No dia da prisão foram detidos, juntamente com o réu, seis usuários de drogas, além das apreensões de grande quantidade de dinheiro e de drogas varias, que eram armazenadas pelo réu.**

Importante observar que, não obstante o réu tenha negado, no exercício da autodefesa, os fatos a ele imputados, na fase judicial admitiu a prática de vários atos que configuram o crime de tráfico de drogas. Além disso, a prova produzida na fase policial **foi inteiramente confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, quando foram ouvidas duas testemunhas policiais e duas de defesa.**"

Ademais, ao reformar a sentença para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, consignou (fls. 84-85; sem grifos no original):

"As circunstâncias do caso concreto indicam que o réu exercia o tráfico com habitualidade e tal atividade era o seu meio de vida.

Nesse sentido os **depoimentos dos policiais responsáveis pelas investigações** e até mesmo os **termos do interrogatório do réu**, quando demonstrou a intensa movimentação de pessoas na sua casa para fazer uso das substâncias entorpecentes, embora não tenha admitido vender as drogas para todas elas.

Todavia, as alegações de compartilhamento gratuito das drogas foram desmentidas pelas investigações que precederam a prisão, especialmente pela **detenção de usuários que admitiram comprar os**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes, pelos depoimentos judiciais dos policiais e pela grande apreensão de dinheiro, em espécie (R\$ 9.229,50 - fl. 79), na posse do réu.

Além disso, a forma como boa parte das drogas estava acondicionada, ou seja, em pequenas porções, somadas a apreensão de outros petrechos destinados a comercialização como balanças de precisão, rolo de plástico PVC para empacotamento, indicam o tráfico habitual praticado pelo réu, sobre o qual já pesavam várias denúncias anônimas, devidamente confirmadas, como dito, ao longo da investigação. Importante observar que no dia que antecedeu a prisão foi registrada a entrada de doze pessoas no interior do apartamento do réu, conforme demonstra a fotografia de fl. 91, e no dia do flagrante foram detidos seis usuários.

Tais fatos demonstram, indiscutivelmente, a intensa atividade de tráfico que era exercida com habitualidade pelo réu, sendo ele pessoa dedicada às atividades criminosas."

Como se vê, não obstante a ilicitude da prova consistente nos dados extraídos do aparelho telefônico do Paciente sem prévia autorização judicial, bem como de todas as demais provas que dela derivem, o Tribunal de origem depreendeu de outros elementos probatórios, **obtidos de maneira independente**, a habitualidade da traficância pelo Paciente.

O Impetrante, todavia, não discorreu sobre a impropriedade dessa conclusão, pois deixou de demonstrar, objetivamente, que os outros meios de prova valorados pelo Tribunal local decorreram daquela obtida ilicitamente. Destaco das razões da impetração o seguinte trecho (fl. 5):

"Resta evidente que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é oposto ao adotado pela Autoridade Coatora quanto à licitude da prova em que se funda a majoração da pena do Paciente em sede de apelação, já que as provas extraídas do celular do Paciente, sem prévia e expressa autorização, deveriam ser desconsideradas nos autos em comento, por terem sido colhidas de forma ilícita."

Além disso, para se desconstituir o entendimento firmado no acórdão impugnado de que as demais provas são suficientes, e independentes dos dados obtidos da quebra do sigilo telefônico, para inferir a dedicação do Paciente à atividade criminosa e, por conseguinte, concluir pelo preenchimento dos requisitos previstos no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via do *habeas corpus*.

Por fim, quanto à prisão domiciliar, formulada em razão da curatela de sua genitora e do seu estado de saúde, verifico que o tema não foi examinado pelo Tribunal de origem, diante da seguinte fundamentação (fl. 103; sem grifos no original):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Com relação às condições de cumprimento de pena, não se constata das razões de apelação qualquer requerimento relativo à submissão do réu a tratamento psiquiátrico ou ao cumprimento de pena em regime domiciliar.

Com efeito, estando a Defesa ciente da interposição de recurso pelo Ministério Público, no qual buscava o agravamento da pena aplicada e do regime prisional, competia à Defesa ter se insurgido em suas razões de apelação sobre este ponto caso desejasse o pronunciamento judicial, o que não ocorreu na espécie.

De todo o modo, é imperioso registrar que questões concernentes ao cumprimento da pena devem ser resolvidas pelo Juízo das Execuções Penais, competente para a matéria, consoante determinação do art. 66 da Lei de Execução Penal, na medida em que é este Juízo que detém melhores condições de examinar as condições pessoais do embargante."

Assim, o conhecimento da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça está obstado, pois o tópico não foi apreciado pelo julgado ora impugnado. O exame *per saltum* do tema configuraria a indevida supressão de instância.

Ante o exposto, CONHEÇO em parte do *writ* e, na extensão conhecida, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0100831-0

HC 448.003 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150110595903 1073939 20030810032545 20150110595903 975995 982006

EM MESA

JULGADO: 26/03/2019

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ARIEL GOMIDE FOINA
ADVOGADO : ARIEL GOMIDE FOINA - DF022125
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE : HELSON FERREIRA DA COSTA FILHO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.