



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 866845 - GO (2023/0401901-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE GOIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : WELISSON RIBEIRO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE SIGILO TELEFÔNICO. PROVAS INDEPENDENTES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em substituição a recurso próprio, buscando anulação de condenação por tráfico de drogas, sob alegação de nulidade das provas obtidas mediante violação de sigilo telefônico.

II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO

2. Consistem em: (i) definir o cabimento de *habeas corpus* substitutivo; (ii) estabelecer se a nulidade das provas obtidas por meio de violação de sigilo telefônico conduz à absolvição; (iii) avaliar a possibilidade de desclassificação do delito.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência das Cortes superiores é consolidada para não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou revisão criminal, salvo excepcional flagrante ilegalidade.

4. As provas ilicitamente obtidas foram desconsideradas pelo sentenciante, que fundamentou a condenação mediante provas independentes, pelo que não há falar em absolvição.

5. A regra constitucional de proteção ao sigilo das comunicações não é absoluta, podendo ceder diante do interesse público, desde que a prova principal seja independente da prova ilícita.

6. O rito do *habeas corpus* não comporta o revolvimento de matéria fático-probatória, sendo inviável, nesta via, o exame detalhado do conjunto probatório para absolver o paciente ou desclassificar a conduta, mormente considerando a forma de acondicionamento dos entorpecentes, as quais demonstram a

mercancia.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 14 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 866845 - GO (2023/0401901-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE GOIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : WELISSON RIBEIRO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE SIGILO TELEFÔNICO. PROVAS INDEPENDENTES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em substituição a recurso próprio, buscando anulação de condenação por tráfico de drogas, sob alegação de nulidade das provas obtidas mediante violação de sigilo telefônico.

II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO

2. Consistem em: (i) definir o cabimento de *habeas corpus* substitutivo; (ii) estabelecer se a nulidade das provas obtidas por meio de violação de sigilo telefônico conduz à absolvição; (iii) avaliar a possibilidade de desclassificação do delito.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência das Cortes superiores é consolidada para não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou revisão criminal, salvo excepcional flagrante ilegalidade.

4. As provas ilicitamente obtidas foram desconsideradas pelo sentenciante, que fundamentou a condenação mediante provas independentes, pelo que não há falar em absolvição.

5. A regra constitucional de proteção ao sigilo das comunicações não é absoluta, podendo ceder diante do interesse público, desde que a prova principal seja independente da prova ilícita.

6. O rito do *habeas corpus* não comporta o revolvimento de matéria fático-probatória, sendo inviável, nesta via, o exame detalhado do conjunto probatório para absolver o paciente ou desclassificar a conduta, mormente considerando a forma de acondicionamento dos entorpecentes, as quais demonstram a

mercancia.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de WELISSON RIBEIRO DA SILVA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS (Apelação Criminal 0434892- 91.2014.8.09.0149).

O paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão em regime semiaberto, além do pagamento de 800 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

A apelação interposta pela defesa foi provida parcialmente para redimensionar a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão em regime semiaberto, além do pagamento de 510 dias-multa.

A defesa alega: a) nulidade das provas obtidas por meio de interceptação telefônica, sem autorização judicial; b) "durante os trâmites na delegacia, tem-se que o telefone do acusado tocou e o escrivão de polícia atendeu, tomando conhecimento de suposto pedido de drogas" (e-STJ fl. 8); c) violação do art. 5º, X e XII, da Constituição Federal; d) "ainda que os depoimentos dos policiais militares que participaram da diligência tenham sido coesos entre si, eles não foram suficientes para demonstrar que os entorpecentes se destinavam à traficância" (e-STJ fls. 11-12); e e) necessidade de desclassificação do crime de tráfico para a conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas com base na quantidade de droga apreendida, que servia apenas para consumo próprio.

Requer a concessão da ordem para declarar a nulidade e absolver o paciente ou, em caráter subsidiário, desclassificar a conduta.

Prestadas informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

“Esta Corte – HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 – e o Supremo Tribunal Federal –AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 –, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.” (HC 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).

“A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.” (HC 365.963/SP, relator Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe de 23/11/2017).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

“Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o “habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado” (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...) (HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

Sobre a alegada nulidade, colhe-se do acórdão impugnado (e-STJ fls. 463-464):

De início, sustenta o apelante a nulidade das provas, em virtude de interceptação telefônica ativa, uma vez que, “durante os trâmites da prisão em flagrante do acusado, seu telefone tocou e o escrivão atendeu, oportunidade em que supostamente pessoas teriam perguntado e pedido por entorpecentes”.

Explica que, “no caso, não houve pedido prévio de quebra de sigilo telefônico, e tampouco decisão judicial autorizando a violação do direito constitucional, tornando ilícita a prova e todas as demais que dela derivaram”.

Todavia, sem razão.

Extrai-se dos autos que a condenação do acusado baseou-se em elementos de convicção diversos e independentes dos dados obtidos através do atendimento da ligação telefônica, conforme bem delineado pela magistrada sentenciante, in verbis:

“Quanto às ligações no telefone do acusado mencionadas pelos policiais, impende esclarecer que não serão consideradas para a formação do convencimento quanto à caracterização do crime, uma vez que o STJ já decidiu no sentido de não legalidade da referida conduta na qual os policiais realizam uma “interpretação telefônica ativa”

Contudo, a impossibilidade de ser atribuído valor probatório às referidas ligações não afasta a caracterização do crime, uma vez que a prova oral jurisdicionalizada, aliada à apreensão da droga em circunstâncias suspeitas, são suficientes para a confirmação da autoria.”

O entendimento exarado não destoa da jurisprudência desta Quinta Turma, que já se manifestou no sentido de não ser possível à autoridade policial atender o telefone de pessoa sob sua custódia; entretanto, “a impossibilidade de ser atribuído valor probatório às referidas ligações não afasta a caracterização do crime, uma vez que a prova oral jurisdicionalizada, aliada à apreensão da droga em circunstâncias suspeitas, são suficientes para a confirmação da autoria.”

No caso, a condenação do acusado se baseou em elementos de convicção diversos e independentes dos dados obtidos através do atendimento da ligação telefônica, de modo que, as ligações no telefone do acusado, mencionadas pelos policiais, não foram consideradas para a formação do convencimento quanto à caracterização do crime, em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. VÍCIO NÃO CONSTATADO. PROVAS INDEPENDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A questão relativa à ilicitude das provas obtidas mediante devassa de correspondência foi objeto de pronunciamento por parte do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do RE n. 1.116.949/PR, firmou a tese de que sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.

2. No entanto, constata-se que o caso sob exame se distancia da tese firmada pela Corte Constitucional. Em primeiro lugar, destaca-se que há elementos probatórios independentes daqueles obtidos mediante o exame da correspondência apontando para a materialidade e a autoria delitiva. Conforme se verifica da leitura dos documentos acostados a

estes autos, o agravante e outros corréus já vinham sendo investigados por outros meios.

3. Ademais, deve-se ter em mente que a regra constitucional de proteção ao sigilo das comunicações não é absoluta, pois o interesse público, em situações excepcionais, pode se sobrepor à privacidade, para evitar que os direitos e garantias fundamentais sirvam de manto para resguardar condutas criminosas.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 918.728/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 22/8/2024).

Tendo as instâncias ordinárias se convencido do acerto da condenação com base em provas independentes, mormente em razão do forma de acondicionamento das drogas, “[...] Desfazer esse entendimento pressupõe análise de todo o conjunto probatório, providência inviável na via eleita, marcada por cognição sumária e rito célere.” (AgRg no HC 770.312/GO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 14/12/2022).

Isso porque “O rito do *habeas corpus* não admite o revolvimento de matéria fático-probatória, de modo que não há que se falar em desconstituição das conclusões bem exaradas pelo Tribunal local.” (AgRg no HC 873.697/RS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 19/9/2024)

Sobre a desclassificação, assim dispôs o Tribunal de Justiça (e-STJ fls. 466-467):

Outra questão a ser salientada é que “para a caracterização do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06, crime de ação múltipla, basta que tenha o réu concorrido para a realização do delito, não exigindo a respectiva consumação de qualquer resultado, como a venda ou a efetiva entrega do entorpecente.” (TJMG, AC 1.0479.07.124826- 0/001 (1), Rel. Des. José Antônio Baía Borges, j. 1º/7/2010).

Nesse caso, em que pese a pretensão absolutória da defesa, vê-se que os depoimentos das testemunhas policiais, transcritos em linhas volvidas, convergem com os demais elementos de prova produzidos (107,360g (cento e sete gramas, trezentos e sessenta miligramas) de maconha e 29,940g (vinte e nove gramas, novecentos e quarenta miligramas) de cocaína, na sua forma petrificada), de modo que a narrativa do réu, de que era apenas usuário de drogas não é suficiente para elidir o conjunto probatório coligido aos autos.

Ademais, eventual fato de ser o apelante dependente químico não é suficiente para descaracterizar sua conduta quanto ao tráfico, vez que podem coexistir no indivíduo ambas as figuras de usuário de drogas e traficante, conforme entendimento deste Tribunal:

[...]

Nessa senda, as provas produzidas são suficientes para suportar a condenação do apelante pelo crime tráfico de drogas, pelo que não há falar em absolvição ou mesmo desclassificação do segundo delito para a conduta prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/06.

Desse modo, tendo a Corte de origem concluído pela existência de

prova apta a amparar o édito condenatório, a revisão do julgado, para fins de absolvição ou desclassificação do delito, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USUÁRIO (ART. 28, LAD). INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. DESCABIMENTO. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. QUANTUM DE PENA E REINCIDÊNCIA (ART. 33, § 2º, B, CP). SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITOS (ART. 44, CP). WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Desclassificar a conduta imputado para o delito prevista no art. 28 da Lei de Drogas, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória.

III - As instâncias ordinárias fundamentaram o afastamento da minorante, tendo em vista a existência de registro de condenação anterior ostentado pelo réu. Desse modo, sendo o paciente portador de reincidência, não tem direito a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, pela falta do preenchimento de um dos seus pressupostos legais.

IV - O regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que, não obstante o montante final da pena autorizar o regime semiaberto, o paciente é portador de anotação criminal configuradora de reincidência, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

V - Considerando a fixação da reprimenda em patamar superior à 4 (quatro) anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art.44, inciso I, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido. (HC 505.610/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/5/2019, DJe de 20/5/2019).

Pelo exposto, **não conheço** do habeas corpus substitutivo e, na análise de ofício, não visualizo elementos capazes de caracterizar flagrante ilegalidade.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0401901-3

HC 866.845 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 04348929120148090149 201404348926 4348929120148090149

EM MESA

JULGADO: 12/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE GOIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : WELISSON RIBEIRO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.