

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 511.484 - RS (2019/0145252-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : ANDREA GARCIA LOBATO
ADVOGADA : ANDRÉA GARCIA LOBATO - RS069836
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : [REDACTED] (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. ILICITUDE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PESSOAL OU JUDICIAL PARA ACESSAR DADOS DO APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO OU PARA ATENDER LIGAÇÃO. POLICIAL PASSOU-SE PELO DONO DA LINHA E FEZ NEGOCIAÇÃO PARA PROVOCAR PRISÃO EM FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA DE PROVA AUTÔNOMA E INDEPENDENTE SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO.

1. Não tendo a autoridade policial permissão, do titular da linha telefônica ou mesmo da Justiça, para ler mensagens nem para atender ao telefone móvel da pessoa sob investigação e travar conversa por meio do aparelho com qualquer interlocutor que seja se passando por seu dono, a prova obtida dessa maneira arbitrária é ilícita.
2. Tal conduta não merece o endosso do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha em mira a persecução penal de pessoa supostamente envolvida com tráfico de drogas. Cabe ao magistrado abstrair a prova daí originada do conjunto probatório porque alcançada sem observância das regras de Direito que disciplinam a execução do *jus puniendi*.
3. No caso, a condenação do paciente está totalmente respaldada em provas ilícitas, uma vez que, no momento da abordagem ao veículo em que estavam o paciente, o corréu e sua namorada, o policial atendeu ao telefone do condutor, sem autorização para tanto, e passou-se por ele para fazer a negociação de drogas e provocar o flagrante. Esse policial também obteve acesso, sem autorização pessoal nem judicial, aos dados do aparelho de telefonia móvel em questão, lendo mensagem que não lhe era dirigida.
4. O vício ocorrido na fase investigativa atinge o desenvolvimento da ação penal, pois não há prova produzida por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável. Até o testemunho dos policiais em juízo está contaminado, não havendo prova autônoma para dar base à condenação. Além da apreensão, na hora da abordagem policial, de cocaína (2,8 g), de maconha (1,26 g), de celulares e de R\$ 642,00

Superior Tribunal de Justiça

(seiscentos e quarenta e dois reais) trocados, nada mais havia no carro, nenhum petrecho comumente usado na traficância (caderno de anotações, balança de precisão, material para embalar droga, etc.). Somente a partir da leitura da mensagem enviada a um dos telefones e da primeira ligação telefônica atendida pelo policial é que as coisas se desencadearam e deram ensejo à prisão em flagrante por tráfico de drogas e, depois, à denúncia e culminaram com a condenação.

5. Ordem concedida para anular toda a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de agosto de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 511.484 - RS (2019/0145252-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de

habeas corpus impetrado em favor de **Flavio Mendonça da Rosa**, condenado pela

prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 61, I, do Código Penal, à pena de 5 anos e 8 meses de reclusão, inicialmente, em regime fechado, mais 500 dias-multa (Processo n. 001/2.11.0090044-4, da 9ª Vara Criminal da comarca de Porto Alegre/RS).

Ataca-se o acórdão que transitou em julgado em 21/3/2017, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação n. 70050139047 (fls. 158/175).

Alega-se que *não é possível afirmar, sem qualquer dúvida, que o paciente concorreu para a prática do crime de tráfico de entorpecentes* (fl. 7).

Aduz-se que o processo é *absolutamente nulo* e que a polícia militar teria abusado do poder que lhe é atribuído legalmente, criando *provas no caderno processual* (fl. 14).

Menciona-se que as *testemunhas de acusação, policiais militares que atenderam a ocorrência, admitiram em audiência, que, quando o telefone do Réu [REDACTED] tocava, atendiam, sem autorização judicial e se faziam passar por traficante, oferecendo drogas* (fl. 8).

Defende-se que deve ser reconhecida a *contaminação das provas acusatórias obtidas na fase policial, porque toda ela decorrente de interceptações telefônicas ilegais* (fl. 13).

Sustenta-se, também, que a quantidade de droga apreendida (2,8 g de cocaína, fracionados em 3 buchas, e 1,26 g de maconha, na forma de um tijolinho) é compatível com a condição de usuário. Ademais, o paciente teria sido revistado

Superior Tribunal de Justiça

em uma abordagem de rotina, em local comum, e não em ponto de venda, sem *notícias ou denúncias acerca da traficância* (fl. 7).

Argumenta-se que a aplicação da pena ocorreu de forma extremamente severa, pois fixada acima mínimo legal sem fundamento idôneo e sem o reconhecimento do privilégio.

Requer-se a concessão da ordem para anular o processo por utilização de provas ilegais para embasar a condenação, *com a respectiva soltura do paciente* (fl. 17); ou para desclassificar a conduta do paciente para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006; ou para redimensionar a pena dele.

Processado o feito sem pedido liminar, depois de prestadas informações e enviados documentos pelo Tribunal estadual (fls. 141/202), opinou o Ministério Público Federal pela denegação da ordem. Eis o resumo escrito pela Subprocuradora-Geral da República Maria das Mercês Gordilho Aras (fl. 204):

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06). CONDENAÇÃO ÀS PENAS DE 05 ANOS E 08 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO E 500 DIAS-MULTA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DA NULIDADE DO PROCESSO-CRIME, SOB A TESE DE QUE VÍCIOS OCORRIDOS DURANTE A FASE INQUISITORIAL MACULAM TODAS AS PROVAS POSTERIORMENTE PRODUZIDAS EM JUÍZO. DESCABIMENTO. EVENTUAIS IRREGULARIDADES VERIFICADAS NA FASE PREPARATÓRIA NÃO ATINGEM O PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO LASTREADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO, DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES PARA USO DE TAIS SUBSTÂNCIAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO PROBATÓRIO DO FEITO PRINCIPAL, INCABÍVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. PLEITO DE REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO DE PENA ESTABELECIDO AO PACIENTE POR FORÇA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA, NO ESTATUTO REPRESSIVO, DE FRAÇÕES MÍNIMA E MÁXIMA A SEREM UTILIZADAS COMO CRITÉRIOS PARA A EXACERBAÇÃO DA REPRIMENDA EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR LIMITADA PELA RAZOABILIDADE E PELA

Superior Tribunal de Justiça

PROPORTIONALIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06, EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA DO RÉU. PARECER PELO CONHECIMENTO DO *MANDAMUS* E PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM POSTULADA.

Segundo a Guia de Execução Penal do paciente, até a data de 27/5/2019, ele já havia cumprido 7 anos, 4 meses e 15 dias de um total de 25 anos de reclusão (PEC n. 0138644-70.2014.8.21.0001 – fl. 183).

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 511.484 - RS (2019/0145252-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Bom, a minha preocupação principal é com a alegação de nulidade do processo em razão da ilicitude na colheita da prova inicial.

Os autos não foram instruídos com cópia da denúncia, por isso, vou me

valer da transcrição feita na sentença a respeito dos fatos que deram ensejo à condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas (fls. 143/144 – grifo nosso):

Fato 01

“Em data não determinada, até o dia 19 de agosto de 2011, na [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], nesta capital, os denunciados associaram-se em comunhão de esforços e conjugação de vontades para o fim de vender, ministrar ou entregar a consumo, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, crimes descritos no art. 33 da Lei n. 11.343/06. Tanto que no dia 19/8/2011 foram apreendidas (autos de apreensão inclusos) drogas em poder dos denunciados”.

Fato 02

“No dia 19 de agosto de 2011, cerca de 01h, na [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], nesta capital, os denunciados, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, traziam consigo, para o fim de vender, ministrar ou entregar a consumo, 03 buchas de cocaína, pesando aproximadamente 2,80g e 1 tijolo de maconha, pesando aproximadamente 1,26g (autos de apreensão e de constatação de natureza da substância em anexo), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, presentes na Portaria n. 344/98 SVS/MS. Substâncias, essas, que causam dependência psíquica e física.

Na ocasião, policiais militares estavam em patrulhamento quando avistaram o veículo [REDACTED], placas [REDACTED], estacionado na calçada. Foi efetuada a abordagem e encontrada a droga embaixo do banco do motorista. Com o denunciado [REDACTED] foi apreendida, ainda, a quantia de R\$642,00.

Um dos telefones celulares que foram apreendidos com o denunciado [REDACTED] tocou diversas vezes, tratavam-se de consumidores querendo comprar drogas com os denunciados.

Uma das ligações foi feita a pedido de [REDACTED], usuário de entorpecentes, que solicitou a entrega de drogas na esquina entre a [REDACTED] e a [REDACTED].

Superior Tribunal de Justiça

[REDACTED] é reincidente, conforme certidão de antecedentes inclusa".

De acordo com o Juiz do processo, a autoria ficou devidamente comprovada, diante do auto de prisão em flagrante e da prova testemunhal colhida em juízo.

Pela leitura da sentença, vê-se que, para o Magistrado chegar à conclusão que chegou, foram cruciais os testemunhos, em Juízo, dos policiais que efetivaram a prisão em flagrante e o de [REDACTED], na fase do inquérito. Confiram-se estes trechos (fls. 145/148 – grifo nosso):

Interrogado (fls. 212/216v), o acusado [REDACTED], negou a traficância, confessando estar em posse das drogas que destinaria ao consumo pessoal. Asseverou que no dia do fato teria ido a casa de um amigo pegar um dinheiro que estava sendo arrecadado para fazerem a festa de aniversário do corréu [REDACTED] quando foi abordado pela polícia. Em relação as mensagens recebidas em seu celular, confirmou que teria recebido-as, mas desconhece a sua procedência, bem como que a versão dos milicianos são inverídicas, eis que induziam as pessoas que ligavam para seu celular a dizer que queriam comprar drogas. Alega que [REDACTED] teria utilizado seu celular para fazer ligações e que não sabe dizer se as ligações que estava recebendo seriam dessas pessoas as quais ele teria ligado.

Interrogado (fls. 217/222v), o acusado [REDACTED], negou a traficância e a posse da droga, asseverando que estava acompanhado do corréu [REDACTED] e de sua namorada [REDACTED] quando foram pegar um dinheiro com seu amigo [REDACTED]. Chegando na casa de [REDACTED] e após estacionarem o veículo em frente a residência foram abordados pelos policiais militares e conduzidos a DP. Sobre o dinheiro encontrado consigo, justificou dizendo que era de sua rescisão do contrato de trabalho e outra parte da arrecadação que estava fazendo para a sua festa de aniversário.

Em relação as mensagens recebidas no celular de [REDACTED], não soube explicar, porém confessou ter pego emprestado para ligar, mas desconhece a procedência e afirma serem inverídicas as versões dos policiais de que pessoas ligavam encomendando droga, eis que induziam elas a confessar a compra.

Contrariamente a versão dos acusados, foram os depoimentos dos policiais militares [REDACTED] e [REDACTED] (fls. 222V/230). Relataram que estavam de patrulhamento de rotina na [REDACTED] em direção a [REDACTED] quando perceberam que os acusados em posse do veículo [REDACTED], placas [REDACTED] deram a volta no quarteirão e em seguida estacionaram em cima da calçada. Em razão da atitude

Superior Tribunal de Justiça

suspeita, foi feita a abordagem, encontrando no interior do veículo três buchas de cocaína, um tijolo de maconha, diversos aparelhos telefônicos, e em poder do réu [REDACTED] R\$ 642,00 reais em dinheiro trocado. No momento em que abordavam os réus, [REDACTED] recebeu uma mensagem de texto em seu celular que solicitava a entrega da droga a uma mulher de calça preta e blusa branca. Após conduzirem os réus a 3^a DP, o celular de [REDACTED] continuou a receber chamadas, e ao atenderem uma delas, um consumidor solicitou a compra de drogas, combinando o local da entrega e informando as vestimentas que estaria usando a fim de facilitar sua identificação.

Ao se deslocarem até o local indicado pelo consumidor, fizeram uma ligação para o número do telefone que havia ligado, quando ouviram o telefone tocar no bolso da calça de um rapaz que estava com as mesmas roupas que havia sido informado. Após abordá-lo, foi conduzido a DP e confessado que teria encomendado a droga. Afirmaram que os réus funcionavam como uma espécie de tele-entrega de drogas.

A testemunha [REDACTED] (fls. 230/234), relatou em juízo que emprestou seu telefone celular a uma amiga para ligar para o réu [REDACTED], pois iriam combinar de tomar uma cerveja. Sem ter conhecimento do que estava acontecendo foi abordado e algemado pelos policiais militares. Sobre o depoimento prestado no IP, disse não ter lido o conteúdo do termo e por isso acabou assinando, mas afirma que os fatos realmente se passaram como narrado por ele em juízo, desconsiderando o depoimento prestado no IP eis que foi coagido pelos policiais. Em nenhum momento ligou ou solicitou a sua amiga que lhasse encomendando droga aos réus, pois sua intenção era apenas de tomar uma cerveja com os acusados.

A testemunha [REDACTED] (fls. 234/237v), disse ser usuário de drogas e amigo dos réus e que foi ele quem enviou a mensagem de texto para o celular do réu [REDACTED]. No entanto, alega que não compraria droga dos acusados, apenas queria saber como conseguir mais para consumir, eis que haviam consumidos juntos dias anteriores e por ser de boa qualidade a droga queria comprar mais. Disse ter contribuído com dinheiro para comprar o entorpecente e que sua amiga iria se encontrar com [REDACTED] para juntos comprarem a droga.

A testemunha [REDACTED] (fls. 238/239), relatou que no dia do fato o réu [REDACTED] teria combinado de passar em sua casa para pegar o dinheiro que estava arrecadando para fazer sua festa de aniversário quando foi abordado em frente a sua residência pelos policiais militares. Afirmou não saber que os réus estavam com drogas e que apenas deu o dinheiro para ajudar no churrasco.

A testemunha [REDACTED] (fls. 239v/242), disse ser namorada do réu [REDACTED] e que no dia do fato teria pedido emprestado o carro de uma amiga para ela e os réus pudessem ir até a casa [REDACTED] pegar o dinheiro para o churrasco.

Chegando lá, foram abordados pelos policiais e encaminhados para DP. Nega estarem os réus envolvidos com o tráfico de drogas, mas confessa serem usuários.

Superior Tribunal de Justiça

A testemunha [REDACTED] (fls. 242/243v), proprietária do veículo [REDACTED], placas [REDACTED], confirmou ter emprestado seu veículo a sua amiga [REDACTED] e seu namorado [REDACTED] para irem buscar o dinheiro do churrasco na casa de [REDACTED].

A controvérsia efetiva reside no confronto observado entre o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão e apreensão, a versão dos acusados, de que não estavam traficando, e o depoimento das testemunhas de defesa, que corroboraram a tese levantada pelos réus.

Ocorre, que o delito de tráfico de drogas restou evidente diante do depoimento dos policiais militares que afirmaram terem apreendidos em poder dos acusados 03 buchas de cocaína, 01 tijolo de maconha e diversos aparelhos celulares, bem como R\$ 642,00 reais em poder do acusado [REDACTED]. Somado a isso, **os policiais foram uníssonos tanto no**

APF como em juízo em confirmarem que no momento da abordagem o réu [REDACTED] recebeu uma mensagem de texto em seu celular, solicitando a compra e a forma de entrega dos entorpecentes “tu entrega 20g, é uma moça de calça preta e blusa branca, tu entregas 20g e ela vai te dar R\$ 300,00”. Os policiais ainda narraram que o dinheiro apreendido estava fracionado em pequenas notas de R\$ 5,00 e 10,00 reais, o que evidencia que serviriam de troco para eventual negociação.

Corroborando a vasta prova carreada aos autos, a testemunha de defesa [REDACTED], em que pese não ter confirmado em juízo, relatou no APF ter solicitado a uma amiga que ligasse para os réus e encomendassem a droga, veja-se, “afirma ser usuário de cocaína e maconha de forma exoporádica e que pediu para uma amiga que fizesse contato com um fornecedor de seu conhecimento para que efetuasse a encomenda de drogas, para tanto ofereceu seu telefone para contato (fl. 26)”. Em juízo, ao contrário, disse ter solicitado a amiga que ligasse para os réus para combinarem de tomar uma cerveja. As demais testemunhas, de alguma forma tentaram eximir os réus de culpa ao tentarem enquadrar-los como mero usuário de drogas. No entanto, seus informes refletem a sentimentos de solidariedade, que não chega a interferir no contexto das palavras dos policiais militares.

É verdade que a prova obtida na fase inquisitorial isoladamente não pode conduzir o julgador a um juízo condenatório.

No entanto, além do relato da testemunha supra prestado no inquérito policial, os policiais confirmaram a traficância, fornecendo elementos suficientes para alicercar um juízo condenatório, pois relataram que ao atenderem o telefone celular do réu [REDACTED], um consumidor encomendou a compra da droga, informando o local para negociação e as vestimentas que estaria usando. Os policiais foram até o local combinado ligaram para o celular do comprador, sendo atendido pela testemunha [REDACTED], que posteriormente confessou na Delegacia que teria encomendado a droga dos acusados, conforme comprova a transcrição acima grifada.

Superior Tribunal de Justiça

Em relação à prova ilícita alegada pelas defesas, disse o Juiz o seguinte (fl. 148/150 – grifo nosso):

[...] não lhes assiste razão. O fato de os policiais terem lido as mensagens de texto e atendido as ligações do celular do réu [REDACTED] não configuram prova ilícita quando obtidas de forma não intencional e seguindo os trâmites típicos e de praxe da polícia que ao notarem a atitude suspeita dos acusados resolveu abordá-los e por consequência disso tiveram acesso as mensagens do celular. Assim, não foi a única prova a indicar a traficância, apenas veio reforçar e a corroborar as provas já existentes acerca do tráfico de drogas perpetrados pelos réus, pois o delito restou configurado ainda no momento em que os acusados foram presos em posse das drogas, celulares e do dinheiro trocado. Portanto, a abordagem foi precedida e amparada por lei, sendo perfeitamente legal.

O simples fato de trazerem consigo a substância já caracteriza a traficância, notadamente porque o tipo descrito no artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06, é daqueles de conteúdo variado, em que é desnecessária a realização de todas as condutas nele previstas para configurar o fato típico. **Verificou-se, ainda, que o depoimento dos policiais foram coerentes com aquele que instruiu o inquérito policial, e fornece prova robusta para condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes**, eis que foram os réus flagrados trazendo consigo 03 “buchas” de cocaína, pesando aproximadamente 2,80g e 01 tijolo de maconha, pesando aproximadamente 1,26g para fins de venda a consumo, conforme restou comprovado nos autos, o que tipifica o delito do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

O fato de serem os réus usuários de entorpecente, particularmente de maconha e cocaína, não afasta a possibilidade do tráfico, sendo conhecida a realidade de que os traficantes são, hoje, arregimentados entre os próprios usuários, criando-se o chamado “tráfico-formiga” ou “usuário traficante”.

Assim, o deslinde se resume nos depoimentos dos policiais que efetivaram a prisão e apreensão da droga contra os relatos dos acusados e testemunhas arroladas pelas Defesas. No entanto, diante dos depoimentos convincentes apresentados pelos agentes do Estado, que vieram a corroborar aqueles prestados no IP, não teria porque não dar credibilidade aos seus relatos, levando em conta ainda possuir seus informes presunção juris tantum de idoneidade.

Dito conflito, todavia, não é novo. É, ao revés, corriqueiro no manejo do processo criminal. Qualquer interpretação do conjunto da prova, entretanto, não deve estar dissociada das regras da experiência. A exegese se inicia com uma pergunta óbvia: porque não crer na palavra acusatória dos agentes policiais?

Impensável responder, nesse caso, que a dúvida sobre a abrangência desse elemento acusatório se dá por conta de sua só e isolada condição. Assim fosse, concluiríamos que essa só condição gera suspeição *ipso facto*, tese insustentável.

Superior Tribunal de Justiça

O testemunho aludido, por representar elemento probatório lícito, deve receber o valor que possa merecer dentro do sistema do livre convencimento e da persuasão racional conferida ao Juiz, só sendo lícito sobrestrar seu valor se existirem elementos concretos da vinculação dos agentes com uma tese acusatória espúria. Não é o que se observa.

Observe-se que a narrativa dos PM'S, em linhas gerais, não apresenta distorção de conteúdo, tendo sido reproduzida em juízo, confirmado os dizeres inquisitoriais, ainda inexistindo relação prévia entre eles que permitisse aventar de uma deliberada e espúria intenção incriminatória especialmente contra o acusado.

Ditos elementos, ao sentir desse julgador, permitem valorizar a carga de veracidade que merece o testemunho dos policiais militares responsáveis pela prisão, especialmente diante do fato das apreensões e da ausência de prova acerca do interesse destes na incriminação dos acusados que apresentaram um discurso fantasioso na tentativa de tentarem eximir-se da responsabilidade pelo tráfico de drogas.

Transparece inaceitável, a propósito, que o Estado fosse executar o serviço de perseguição por meio de seus servidores e, durante este, retire a credibilidade de suas palavras. [...]

O Tribunal estadual entendeu que (fl. 158 – grifo nosso),

O fato de os policiais terem atendido ligações no telefone celular em poder de detido não configura obtenção de prova por meio ilícito, pois quando o telefone tocou o delito de tráfico de drogas já estava configurado, sendo que os fatos que se sucederam só ratificaram a existência do crime, com solicitação de drogas por usuários. Os depoimentos dos policiais, assim como de quaisquer outras testemunhas, são válidos, sobremodo, inexistindo qualquer evidência de suspeição.

Para mim, está evidente que toda a prova está contaminada pela ilicitude, sobretudo o testemunho dos policiais.

Pelo que consta, até aparecer a mensagem na tela do telefone do corréu

e um dos policiais atender a primeira ligação, o contexto da abordagem não revelava a traficância. Eram três pessoas dentro de um carro, com pequena quantidade de cocaína (2,8 g) e de maconha (1,26 g). O dinheiro fracionado em notas picadas talvez indicasse algo, mas, por si só, não seria suficiente para atestar o crime do art. 33, sobretudo porque eles não estavam com nenhum petrecho usado para tal fim. Os policiais só chegaram a [REDACTED] – testemunha chave do inquérito –, a partir de uma das ligações atendidas pelo

Superior Tribunal de Justiça

policial, os autos dizem isso. Veja-se, por exemplo, a degravação da audiência de instrução e julgamento (fls. 63, 66, 74, 77/79, 80/84).

Ali, o Terceiro Sargento [REDACTED], após ser questionado pela defesa se tinha autorização para atender às ligações, respondeu que (fl. 78):

A partir do momento que a gente efetua uma prisão, tem os elementos, tem o dinheiro, tem a droga, automaticamente a gente apreende o aparelho celular. Como estava tocando e entrou uma mensagem, olhando a mensagem já era um elemento para eu efetuar a prisão.

Também admitiu que atendia aos telefonemas se passando pelos réus *para fazer a negociação, para poder fazer o flagrante* (fl. 79).

O outro policial confirmou que, no decorrer da lavratura do auto de prisão em flagrante, aconteceram várias outras ligações telefônicas para o tal celular solicitando drogas (fl. 83). Mas como saberiam que eram para pedir drogas?

Este caso se assemelha a outro julgado pela Sexta Turma, o HC n. 55.288/MG.

Ali, enquanto o então paciente estava sendo preso em flagrante, o telefone tocou, e o policial atendeu à ligação em que o acusado estava sendo instado a fornecer droga a um usuário.

Segundo o entendimento majoritário, conforme os votos proferidos pela Relatora, Desembargadora convocada do TJ/PE Auderita Ramos de Oliveira, e pela Ministra Assusete Magalhães (no que foram acompanhadas pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura), os policiais não utilizaram qualquer subterfúgio ou ardil – por exemplo, mentir para o interlocutor, como se policial não fosse –, a fim de que ele não revelasse o teor da conversa.

Nesse julgamento, prevaleceu a compreensão de que os policiais se encontravam no exercício legítimo das suas atribuições, seu procedimento não teria se desenvolvido às escondidas e foi instrumento necessário para

Superior Tribunal de Justiça

salvaguarda do interesse público em detrimento do direito individual à intimidade do réu.

Para esse acórdão foi escrita a seguinte ementa (DJe 10/5/2013):

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INOCORRÊNCIA. POLICIAL QUE
ATENDEU AO CELULAR DO RÉU. PROVA LÍCITA.**

1. O ato da interceptação consiste em captar aquilo que é destinado a outrem sem que isso seja percebido pelos interlocutores ou, sendo a informação conhecida por apenas um deles.

2. Na espécie, o policial militar atendeu ligação efetuada para o celular do denunciado, tendo como interlocutor um usuário de drogas que desejava comprar substância entorpecente. Em nenhum momento o paciente teve qualquer conversa interceptada pelas autoridades, de modo que a hipótese não se amolda às determinações da Lei n.º 9.296/96.

3. O ato do policial configura, em verdade, procedimento policial escorreito, que não se desenvolveu às escondidas e foi instrumento necessário para salvaguarda do interesse público em detrimento do direito individual à intimidade do réu.

4. *Ordem denegada.*

(HC n. 55.288/MG, DJe 10/5/2013)

Nessa assentada, fiquei vencido, porque, para mim, a condenação do paciente estava respaldada em prova ilícita, da qual derivaram as demais. Não é outra a conclusão a que chego neste caso, principalmente considerando a particularidade que difere esta situação daquela analisada no precedente mencionado: o policial atendeu ao telefonema sem autorização e passou-se pelo paciente para fazer a negociação de drogas e provocar o flagrante.

Não pode ser tida como legítima essa conduta do policial nem a de obter acesso, sem autorização pessoal nem judicial, aos dados do aparelho de telefonia móvel em questão. Também não se pode afirmar que o víncio ocorrido na fase investigativa não atinge o desenvolvimento da ação penal, como quer fazer crer o Ministério Público Federal no parecer (fl. 208). Que base teria a denúncia ou a condenação se não fossem os testemunhos dos policiais contaminados pelas provas que obtiveram ilegalmente? Não se trata de prova produzida por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável.

Superior Tribunal de Justiça

Por ser totalmente aplicável à hipótese em exame, repito o que expus no HC n. 55.288/MG:

Para mim, *data venia*, tal conduta, embora não se encaixe perfeitamente no conceito de interceptação telefônica, revela verdadeira invasão de privacidade e indica a quebra do sigilo das comunicações telefônicas do paciente, em afronta a princípios muito caros do nosso ordenamento jurídico. Não merece, portanto, o endosso do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha em mira a persecução penal de pessoa supostamente envolvida com tráfico de drogas.

Pertinente, aqui, ensinamento do Prof. José Afonso da Silva, ao comentar a questão da segurança das comunicações pessoais:

Trata-se de garantia constitucional que visa assegurar o sigilo de correspondência e das **comunicações telegáficas e telefônicas** (art. 5º, XII), que são meios de comunicação interindividual, formas de manifestação do pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplo de liberdade de pensamento em geral (art. 5º, IV). **Garantia também do sigilo das comunicações de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo.**

Ao declarar que é *inviolável* o sigilo de correspondência e das comunicações telegáficas, de dados e telefônicas, a **Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, se interrompa o seu curso e se escutem e interceptem telefonemas**. Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, **por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual**. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição preordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos. O '**objeto de tutela é díplice: de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade**'.

A suspensão, sustação ou interferência no curso da correspondência, sua leitura e difusão sem autorização do transmitente ou do destinatário, assim como as interceptações telefônicas, fora das hipóteses excepcionais autorizadas no dispositivo constitucional, constituem as formas principais de violação do direito protegido. A legislação penal (Código Penal) e a especial (Código das Comunicações) prevêm sanções aplicáveis a esses crimes.

(*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed., Malheiros, pág. 439 – grifo nosso)

O interesse público não deve se sobrepor aos aspectos éticos e morais, mas com estes deve estar em perfeita comunhão. No processo penal, todos os meios de prova, ainda que não especificados em dispositivo legal, são hábeis para evidenciar a verdade dos fatos, desde que, obviamente, moralmente legítimos. O que é ilegal ou o que é ilegítimo não é meio hábil para fazer prova. Como já disse Frederico Marques, **inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios,**

Superior Tribunal de Justiça

para assim legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória (*Elementos de Direito Processual Penal*. vol. II, págs. 293/294).

No caso, entendo que a prova foi obtida por meio de arbítrio do policial militar, e cabe ao magistrado abstrai-la do conjunto probatório porque alcançada sem observância das regras de Direito que disciplinam a execução do *jus puniendi*. Não tinha a autoridade policial permissão, do titular da linha telefônica ou mesmo da Justiça, para atender ao telefone móvel do paciente e travar conversa através daquela linha com qualquer interlocutor que fosse. O policial 'entrou' na comunicação alheia, de modo a obter, de modo sub-reptício, conversa que deveria ficar entre aquele que ligou e o destinatário real do telefonema. É consabido que o sigilo das comunicações telefônicas – e o caso se enquadraria nesta situação – somente pode ser relativizado nas hipóteses e na forma que a lei especificar.

Assim, como a condenação do paciente foi respaldada em prova que ora reputo ilícita, da qual derivou as demais, **concedo** a ordem nos termos em que requerida.

Ao longo do tempo, como bem observado pelo Ministro Felix Fischer, 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** (RHC n. 77.232/SC, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 16/10/2017). Da Sexta Turma, o RHC n. 76.510/RR, Ministro Nefi Cordeiro, DJe 17/4/2017).

Sendo assim, **voto pela concessão da ordem para anular toda a ação penal**, porque lastreada em prova contaminada pela ilicitude, desde o início. Ao contrário do que opinou a parecerista, nenhum elemento lícito resta para sustentar a condenação, não servindo para tanto ter sido preso o paciente na posse das drogas, de celulares e com dinheiro trocado.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0145252-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 511.484 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121100900444 03204965020128217000 121100900444 3204965020128217000
70050139047

EM MESA

JULGADO: 15/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	ANDREA GARCIA LOBATO
ADVOGADA	:	ANDRÉA GARCIA LOBATO - RS069836
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	[REDACTED] (PRESO)
CORRÉU	:	[REDACTED]

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Documento: 1850879 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 29/08/2019

