

HABEAS CORPUS Nº 537.274 - MG (2019/0297159-6)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : MARCELO LADEIA COLEN GUTERRES E OUTROS
ADVOGADOS : MARCELO LADEIA COLEN GUTERRES - MG167463
BRUNO GUARIENTO BARBOSA BRAGA - MG172212
PRISCILA SALLES CASTRO RIBEIRO - MG167557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CLAUDINEY SIQUEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES**. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM APARELHO CELULAR APREENDIDO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PERMISSÃO DO ACUSADO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. **CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS**. FONTE INDEPENDENTE. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. DIVERSIDADE, FRACIONAMENTO E FORMA DE ACONDICIONAMENTO. VALORES EM DINHEIRO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. **DOSIMETRIA PENAL**. CONDENAÇÕES ANTERIORES. EXASPERAÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. **BIS IN IDEM**. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

II - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (**WhatsApp**), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

III - **In casu**, denota-se que os policiais acessaram as conversas telefônicas do aparelho celular do paciente sem autorização judicial, **mas com a permissão do acusado**, o que, de fato, não configuraria a ilegalidade. Ademais, ainda que a referida prova fosse desconsiderada, **subsistem elementos autônomos suficientes para manter a condenação pelo crime de tráfico de drogas**.

IV - Conclui-se que a condenação do ora paciente deu-se não só em razão das degravações verificadas em seu aparelho celular, mas na apreensão de drogas, cuja diversidade, fracionamento e forma de acondicionamento, além de valores em dinheiro,

Superior Tribunal de Justiça

constituem fonte independente, não restando evidenciado nexos causal com as informações obtidas no aparelho apreendido.

V - Importante ressaltar, ainda, que, "*conforme a jurisprudência desta Corte, demonstrada a existência de fonte independente, a nulidade do ato não tem o condão de invalidar as provas subsequentes.*" (AgRg no REsp n. 1.573.910/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 03/04/2018, grifei).

VI - "*A ilicitude da prova, por reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), salvo se não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (Teoria da Fonte Independente) ou, mesmo que haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (Teoria da Descoberta Inevitável)*" (EDcl no RHC n. 72.074/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 04/12/2017).

VII - "*A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido*" (RHC n. 130.132/MS, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 24/5/2016, grifei).

VIII - **Na hipótese**, os maus antecedentes foram utilizados (condenações transitadas em julgado) tanto na avaliação da circunstância judicial referente aos antecedentes quanto na conduta social, o que caracteriza, indiscutivelmente, **bis in idem**.

Habeas corpus não conhecido. **Concedo a ordem, de ofício**, somente para determinar que as instâncias ordinárias refaçam os cálculos da dosimetria penal do paciente de forma a desconsiderar os óbices anteriormente apontados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não

Superior Tribunal de Justiça

conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.274 - MG (2019/0297159-6)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

IMPETRANTE : MARCELO LADEIA COLEN GUTERRES E OUTROS

**ADVOGADOS : MARCELO LADEIA COLEN GUTERRES - MG167463
BRUNO GUARIENTO BARBOSA BRAGA - MG172212
PRISCILA SALLES CASTRO RIBEIRO - MG167557**

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : CLAUDINEY SIQUEIRA (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):**

Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **CLAUDINEY SIQUEIRA**, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado à pena de 7 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que **negou provimento** ao recurso e, de ofício, reduziu a pena de multa, conforme v. acórdão de fls. 312-313 e 317-327 assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRELIMINAR - ACESSO À MENSAGENS DE APARELHO CELULAR - DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - REJEIÇÃO - MÉRITO - CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE - CONDENAÇÃO MANTIDA. - A visualização de mensagens em aparelho celular apreendido em virtude de justificada suspeita de envolvimento do acusado no crime de tráfico não configura violação da garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas, não havendo que se falar em prova ilícita. - Evidenciada a autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas perpetrado pelo réu, deve ser mantida a condenação."

No presente **habeas corpus**, repisa os argumentos vertidos na origem

Superior Tribunal de Justiça

sustentando, em suma, a nulidade do processo que condenou o paciente, em razão da ilicitude na coleta de prova nos aparelhos celulares apreendidos sem autorização judicial, bem como a quebra de sigilo dos dados telefônicos.

Aduz, ainda, que "o acórdão do TJMG chancela a dosimetria da pena feita pelo juízo de primeira instância, contudo, deixou de reparar erro, data venia, constante da primeira fase de aplicação da pena, consubstanciado em bis in idem ao valorar negativamente as circunstâncias judiciais "antecedentes" e "conduta social"." (fl. 23).

Requer, por fim, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação do sentenciado até o julgamento deste writ e, no mérito, a concessão da ordem "para o fim de anular o processo desde a sentença, devendo outra ser proferida, após o desentranhamento das provas obtidas com violação ao sigilo de dados pessoais nos celulares apreendidos, bem como as demais provas contaminadas, a serem valoradas pelo Juízo de primeiro grau" (fl. 24).

Subsidiariamente, pugna "seja concedida a ordem de Habeas Corpus para corrigir a dosimetria de pena, excessiva em razão de bis in idem" (fl. 24).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 363-365.

As informações foram prestadas às fls. 369-404 e 407- 434.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela **concessão da ordem de ofício**, em r. parecer de fls. 436-440, conforme a seguinte ementa:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDO DE NULIDADE DA SENTENÇA E ATOS POSTERIORES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO SIGILO DE DADOS DOS CELULARES DO PACIENTE. OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS EMBASAM A CONDENAÇÃO. BUSCA E APREENSÃO POR VIA DE MANDADO JUDICIAL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. VALORADAS NEGATIVAMENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. POUCA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELO ARTIGO 42 DA LEI DE DROGAS. CONCESSÃO DE OFÍCIO. PARECER

Superior Tribunal de Justiça

***PELA CONCESSÃO DA ORDEM A FIM DE QUE A PENA-BASE SEJA
FIXADA EM SEU MÍNIMO LEGAL."***

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 537.274 - MG (2019/0297159-6)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

IMPETRANTE : MARCELO LADEIA COLEN GUTERRES E OUTROS

**ADVOGADOS : MARCELO LADEIA COLEN GUTERRES - MG167463
BRUNO GUARIENTO BARBOSA BRAGA - MG172212
PRISCILA SALLES CASTRO RIBEIRO - MG167557**

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : CLAUDINEY SIQUEIRA (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES**. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM APARELHO CELULAR APREENDIDO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PERMISSÃO DO ACUSADO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. **CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS**. FONTE INDEPENDENTE. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. DIVERSIDADE, FRACIONAMENTO E FORMA DE ACONDICIONAMENTO. VALORES EM DINHEIRO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. **DOSIMETRIA PENAL**. CONDENAÇÕES ANTERIORES. EXASPERAÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. **BIS IN IDEM**. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

II - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no aparelho celular,

relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (**WhatsApp**), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

III - **In casu**, denota-se que os policiais acessaram as conversas telefônicas do aparelho celular do paciente sem autorização judicial, **mas com a permissão do acusado**, o que, de fato, não configuraria a ilegalidade. Ademais, ainda que a referida prova fosse desconsiderada, **subsistem elementos autônomos suficientes para manter a condenação pelo crime de tráfico de drogas**.

IV - Conclui-se que a condenação do ora paciente deu-se não só em razão das degravações verificadas em seu aparelho celular, mas na apreensão de drogas, cuja diversidade, fracionamento e forma de acondicionamento, além de valores em dinheiro, constituem fonte independente, não restando evidenciado nexos causal com as informações obtidas no aparelho apreendido.

V - Importante ressaltar, ainda, que, "*conforme a jurisprudência desta Corte, demonstrada a existência de fonte independente, a nulidade do ato não tem o condão de invalidar as provas subsequentes.*" (AgRg no REsp n. 1.573.910/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 03/04/2018, grifei).

VI - "*A ilicitude da prova, por reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), salvo se não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (Teoria da Fonte Independente) ou, mesmo que haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (Teoria da Descoberta Inevitável)*" (EDcl no RHC n. 72.074/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 04/12/2017).

VII - "*A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus*

antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido" (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 24/5/2016, grifei).

VIII - **Na hipótese**, os maus antecedentes foram utilizados (condenações transitadas em julgado) tanto na avaliação da circunstância judicial referente aos antecedentes quanto na conduta social, o que caracteriza, indiscutivelmente, **bis in idem**.

Habeas corpus não conhecido. **Concedo a ordem, de ofício**, somente para determinar que as instâncias ordinárias refaçam os cálculos da dosimetria penal do paciente de forma a desconsiderar os óbices anteriormente apontados.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): A **Terceira Seção** desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou 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. No caso, não é cabível o **habeas corpus**, porquanto substitutivo de recurso ordinário.

Diante das alegações expostas na inicial, entretanto, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Superior Tribunal de Justiça

Sobre o tema em debate, cumpre ressaltar que não se desconhece o entendimento já consolidado no âmbito deste Superior Tribunal, no sentido de que é considerada ilícita a prova obtida mediante devassa de dados telefônicos, bem como de conversas de aplicativos como o "Whatsapp", quando efetuada por agentes policiais militares sem a devida e prévia autorização judicial.

Nesse sentido, exemplificativamente:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos" (RHC n. 51.531/RO, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 19/4/2016).

No presente caso, para a adequada delimitação da **questão**, transcrevo os fundamentos do v. acórdão impugnado (fls. 319-326 - grifei):

"CONHEÇO DO RECURSO, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Inicialmente, embora não tenham sido postas em preliminar, analiso a tese defensiva de ilicitude das provas produzidas, ao argumento de que o aparelho celular do réu foi examinado sem ordem judicial.

De fato, o art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, garante a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. Entretanto, in casu, verifico que não houve quebra de sigilo telefônico, mas apenas a apreensão de aparelho celular em virtude de justificada suspeita do envolvimento do acusado com o tráfico de drogas.

Conforme se depreende dos relatos dos policiais constantes nos autos, bem como do próprio acusado, foram encontradas drogas na residência do apelante. Assim, sendo o aparelho celular objeto que muitas vezes guarda relação com o delito de tráfico de drogas e considerando as evidências da ocorrência do crime encontradas, a apreensão do aparelho deve ser entendida como uma necessária diligência para a apuração dos fatos.

Registre-se que o próprio Código de Processo Penal, em seus arts. 240 e

Superior Tribunal de Justiça

244, autoriza a busca pessoal, sem autorização judicial, e a apreensão de objetos que guardem relação com o fato delituoso.

[...]

Portanto, não há nulidade a ser declarada.

Rechaçada, pois, a questão prejudicial.

No mérito.

A materialidade quedou comprovada por meio do APFD de fls. 02/05, Boletim de Ocorrência de fls. 09/13, Auto de Apreensão de fl. 14, além dos laudos de Constatação Preliminar de fls. 33/34 e Toxicológico Definitivo de fls. 35/36 e 132/133.

A autoria também é inconteste. Vejamos.

O recorrente, na primeira ocasião em que inquirido, confessou a propriedade da droga apreendida em sua residência, alegando que seria destinada ao seu próprio consumo - f. 05.

Em Juízo, esclareceu ser usuário de maconha e crack e que já havia sido condenado em razão da prática do mesmo delito Alegou que apenas um aparelho de telefone celular foi apreendido em sua residência e negou ainda a alcunha de Coroa' -fl 156 e dvd, f. 155v.

Mister destacar que a diligência teve início porquanto policiais militares, em cumprimento de mandado de busca e apreensão por suspeita do tráfico de drogas perpetrado pelo réu em sua residência, para lá se deslocaram e lograram apreender maconha e crack.

O condutor do flagrante, Richard Anderson da Silva Oliveira, esclareceu os exatos termos da denúncia, verbis:

"... em cumprimento de mandado de busca e apreensão, expedido pelo meritíssimo juiz de direito ... foram realizadas diligências na residência de número 42, da rua quatro do Bairro Londrina. Que na residência foi abordado o indivíduo identificado como sendo Claudiney Siqueira, vulgo 'COROA'. Que durante as buscas foi localizada uma porção de substância esverdeada semelhante a maconha, um caderno contendo anotações de provável contabilidade do tráfico de drogas, mil e noventa e um reais em dinheiro, dois aparelhos de telefonia celular. Que foi acionada a equipe da ROCCA que dava apoio na operação para ser utilizado os cães farejadores de entorpecentes, ..., e após a utilização do cão 'URSO', foram localizadas duas porções de substância amarelada semelhante a crack. **Que questionado quem seria o proprietário dos aparelhos de telefonia celular, o autor afirmou ser de sua propriedade, e autorizou eu os militares manuseassem os aparelhos.** Que durante vistoria nos aparelhos foram localizadas mensagens de Claudiney para um indivíduo identificado como 'COXA', (...) onde conversavam sobre a aquisição de CHA (modo como usuários e traficantes se referem à maconha), pela quantia de mil reais. Que em contato com o seção de inteligência da 7ª Cia PM IND, fomos informados que o indivíduo de alcunha COXA se trata de Warley Siqueira dos Reis, também conhecido como PERNALONGA o que inclusive foi preso novamente nesta mesma data, em decorrência do mesmo mandado, por tráfico de drogas. Que Claudiney nos afirmou que compraria drogas junto com PERNALONGA 'À MEIA'; (...) Que este indivíduo, PERNALONGA, é alvo de constantes

Superior Tribunal de Justiça

denúncias por ser líder do tráfico de drogas em diversos bairros na cidade de Mateus Leme. ... " - f. 02.

Perante a autoridade judicial, o policial ratificou seu depoimento, asseverando ainda que o mandado de busca e apreensão foi expedido em razão do grande número de denúncia envolvendo o nome do envolvido pela prática de tráfico no local, tendo o setor de inteligência da PMMG feito o monitoramento e comprovado as denúncias. Asseverou ainda que indivíduo citado como "Pernalonga" ou "Coxa" se tratava do sobrinho do acusado, que é o líder de tráfico de drogas em diversos bairros da comarca e que a alcunha do réu era 'Coroa' (fl. 157 eDVD-f. 155v).

Narrando o mesmo cenário fático, encontram-se os depoimentos judiciais dos também policiais Thiago de Aquino Silva e Caio Guimarães de Araújo, tendo aquele esclarecido ainda que o réu, vulgo COROA, já era conhecido no meio policial pela prática do tráfico de drogas há mais de cinco anos (DVDs - f. 172 e 178).

Registre-se ainda que as de gravações das conversas existentes no aparelho celular do réu, por ele reconhecido em juízo, indicam negociatas típicas do tráfico de drogas (fls, 39/41)

Contrariando as ponderações defensivas, tenho que as provas coligidas são suficientes e justificam a manutenção da condenação, nos termos lançados na r. decisão a quo.

Realmente, não há motivos para desprezar os depoimentos dos policiais militares. Não há sequer indícios de que estes possuíam algum interesse no deslinde da ação ou, ainda, em imputar falsamente, ao réu, a prática de crime tão grave. Aliado às narrativas dos militares, há o estudo realizado por investigadores da Polícia Civil - fls. 38/39.

A versão dada pelo recorrente, ademais, não restou comprovada. E, não se pode olvidar que a diligência teve início em razão de denúncias anônimas que davam conta da ocorrência do tráfico de drogas no local pelo réu, o que foi confirmado pelo setor de inteligência da PM.

O acervo probatório é robusto, pois. É evidente a propriedade da droga, a meu ver. A finalidade comercial também ficou comprovada, sendo certo que a pequena quantidade de entorpecente apreendida - duas pedras de crack e uma bucha de maconha - não impõe a pretendida absolvição. Isto porque os demais elementos coligidos – e já destacados - demonstram a destinação da droga ao comércio.

Por tudo isto, é que mantenho a condenação nos termos lançados na r. decisão a quo, afastando o pleito absolutório.

Acerca da pena privativa de liberdade fixada, creio que não há reparos a serem feitos, pois se encontra em patamar suficiente para a prevenção e reprovação do crime, mormente diante da multirreincidência do agente, inclusive específica.

A pena de multa, todavia, merece pequeno reparo, diante da necessidade de ser fixada em quantum proporcional à sanção corporal concretizada em 7 anos e 11 meses de reclusão. Por isso, a reduzo para 792 dias/multa.

Foi fixado o regime inicialmente fechado, diante da multirreincidência do réu.

Superior Tribunal de Justiça

A guia de execução já foi expedida - fl. 212.

Ante tais considerações, rejeito a preliminar, nego provimento ao recurso e, de ofício, reduzo a pena de multa para 792 dias/multa."

No caso em apreço, denota-se que os policiais acessaram as conversas telefônicas do aparelho celular do paciente sem autorização judicial, **mas com a permissão do acusado**, o que, de fato, não configuraria a ilegalidade. Ademais, ainda que a referida prova fosse desconsiderada, **subsistem elementos autônomos suficientes para manter a condenação pelo crime de tráfico de drogas.**

Conforme se extrai dos autos, ao contrário do alegado pelo impetrante, o paciente foi condenado por ter sido encontrado em seu poder "*consistente em 1 bucha de maconha (10,58g), 2 pedras de crack (2,95g no total) e R\$ 1.091,00 em dinheiro, proveniente do comércio ilícito de entorpecentes*" (fl. 265), sendo que, de acordo com a conclusão do eg. Tribunal sobre a questão, "*[...] a diligência teve início porquanto policiais militares, em cumprimento de mandado de busca e apreensão por suspeita do tráfico de drogas perpetrado pelo réu em sua residência, para lá se deslocaram e lograram apreender maconha e crack.[...]*" (fls. 322-323, grifei).

Ainda de acordo com o eg. Colegiado estadual, "*conforme se depreende dos relatos dos policiais constantes nos autos, bem como do próprio acusado, foram encontradas drogas na residência do apelante. Assim, sendo o aparelho celular objeto que muitas vezes guarda relação com o delito de tráfico de drogas e considerando as evidências da ocorrência do crime encontradas, a apreensão do aparelho deve ser entendida como uma necessária diligência para a apuração dos fatos*" (fls. 319-320).

Em tal contexto, conclui-se que a condenação do ora paciente, deu-se não só em razão das degravações verificadas em seu aparelho celular, mas na apreensão de drogas, cuja diversidade, fracionamento e forma de acondicionamento, além de valores em dinheiro, constituem fonte independente, não restando evidenciado nexos causal com as informações obtidas no aparelho apreendido.

No ponto, transcrevo excerto da sentença (fl. 265, grifei):

"A materialidade do delito encontra-se comprovada através do auto de prisão em flagrante, do boletim de ocorrência, do auto de apreensão das drogas e do

Superior Tribunal de Justiça

dinheiro, do caderno de anotações, das degravações de conversas telefônicas apuradas no inquérito policial bem como dos Laudos de Constatação Toxicológica definitivos, tratando-se de substância proscrita por Lei (Portaria n.º 344798 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde e pela Lei 11.343/06).

Quanto à autoria, o denunciado confessou que a droga seria de sua propriedade, contudo para fins de consumo, negando possuir a alcunha de COROA e ser traficante, eis que trabalha de carteira assinada."

Importante ressaltar, ainda, que, "*conforme a jurisprudência desta Corte, demonstrada a existência de fonte independente, a nulidade do ato não tem o condão de invalidar as provas subsequentes*" (AgRg no REsp n. 1.573.910/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 03/04/2018, grifei).

No mesmo sentido, colaciono precedentes desta Corte:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL E APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA (LEI N. 8.137/1990, ART. 1º, INC. I, E ART. 2º, INC. II). ALEGADA OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. MÉRITO DA DEMANDA SUFICIENTEMENTE ANALISADO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A teor do disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

2. O acórdão embargado não incorreu em omissão quanto à análise da ilicitude da prova suscitada para fins de trancamento do processo penal. A razão da decisão é a imprescindibilidade da prévia autorização judicial da representação fiscal para fins penais, caso contenha dados bancários sigilosos, devidamente compartilhados com a autoridade fiscal para consecução do lançamento fiscal. Constatou-se haver prova ilícita produzida em desfavor do réu, porquanto a representação fiscal para fins penais que subsidiou a denúncia policial baseou-se, entre outros dados, na análise das movimentações financeiras da sociedade empresária Crown Processamento de Dados S/A, obtidas por RMF pela autoridade fiscal, o que, como visto, não é admitido pelo ordenamento jurídico pátrio. Entrementes, a ilicitude das provas obtidas por meio da representação fiscal para fins penais não enseja, de per se, o trancamento da persecução penal, porquanto as peças processuais acostadas aos autos não permitem aferir se haveria ou não outras provas hábeis a justificar a instauração do procedimento inquisitorial, ou mesmo o oferecimento de denúncia.

3. *A ilicitude da prova, por reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), salvo se não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (Teoria da Fonte Independente) ou, mesmo que haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (Teoria da Descoberta Inevitável). Contudo, dispensável qualquer determinação preventiva nesse sentido às instâncias ordinárias, porque o juiz conhece o direito. Pela mesma razão, despicienda determinação de intimação do procedimento de desentranhamento da prova ilícita e aquelas dela derivadas, pois é corolário básico do contraditório.*

4. *A suspensão do processo penal não é abarcada pelo pedido recursal do recurso ordinário, o que inviabiliza qualquer alegação de omissão quanto ao tema. De qualquer maneira, o desentranhamento das provas ilícitas é precedente lógico necessário do julgamento do mérito dos crimes tributários em questão, haja vista que a cognição acerca dessas provas levaria à nulidade da sentença. Não cabe a esta Corte, pois, fazer determinações preventivas de eventuais ilegalidades a serem cometidas pelas instâncias ordinárias, presumindo-as, como pretende o embargante em todos os pedidos destes embargos.*

5. *Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no RHC n. 72.074/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 04/12/2017, grifei).*

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. PROCESSO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TRÁFICO DE DROGAS. EXTRAÇÃO DE FOTO DO APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS. DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. NULIDADE DA PROVA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. PRISÃO EM FLAGRANTE. FONTES INDEPENDENTES. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Conforme entendimento recentemente adotado no STJ, é ilícito, como regra, o acesso a dados mantidos em aparelho celular diretamente por autoridades policiais, sem prévia autorização judicial.

2. Hipótese em que não restou demonstrada nenhuma razão que justificasse, em caráter excepcional, o imediato acesso aos dados contidos no aparelho, restando desproporcionalmente restringidos os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade da titular do dispositivo (CF, art. 5º, X). Reconhecida a nulidade do acesso aos dados do celular, deve ser desconsiderada, como prova, a fotografia dele extraída.

3. A nulidade deve ser, em princípio, estendida às provas,

Superior Tribunal de Justiça

supostamente lícitas e admissíveis, obtidas a partir daquela colhida de forma ilícita, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), de origem norte-americana, consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

4. *A regra de exclusão (exclusionary rule) das provas derivadas das ilícitas comporta, na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, diversas exceções, tendo sido recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 157, §§ 1º e 2º do CPP, ao menos duas delas: a) fonte independente e b) descoberta inevitável.*

5. *No caso concreto, após o acesso ilegítimo a dados contidos no celular da testemunha, esta prestou voluntariamente informações às autoridades policiais, as quais, diligenciando prontamente ao local indicado, prenderam o paciente em flagrante, na posse ilegal de arma de fogo e de drogas.*

6. *A manifestação voluntária da testemunha consubstancia, na linha da jurisprudência pátria, fonte independente, de modo que as provas assim obtidas apresentam-se como autônomas, não restando evidenciado nexos causal com a ilicitude originária.*

7. *Ausência de ilegalidade flagrante. Writ não conhecido" (HC n. 378.374/MG, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 30/03/2017, grifei).*

Por fim, vale ressaltar que a via do **habeas corpus** não é a via adequada para análise de questões que demandem dilação probatória, como na hipótese. Assim para se chegar a conclusão contrária à do eg. Tribunal **a quo**, firmada com base em elementos de prova extraídos dos autos, seria imprescindível um revolvimento fático-probatório, o que é vedado na via eleita. Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. EXISTÊNCIA DE PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E EXAME DOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DETERMINAÇÃO AO JUÍZO DE 1º GRAU. ANÁLISE POR ESTA CORTE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *Determinada a anulação as provas obtidas sem autorização judicial e o seu desentranhamento dos autos por esta Corte, o juízo acerca da existência de prova ilícita por derivação e exame da aptidão dos demais elementos probatórios para lastrear a condenação deve ser procedido pelo magistrado de piso, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório, o que atrairia a Súmula 7/STJ.*

Superior Tribunal de Justiça

2. Encerrada a instrução criminal, não há falar no encaminhamento de pedido de interceptação das comunicações feitas pelo whatsapp, requerido pelo Ministério Público subsidiariamente.

3. Devem os autos retornar ao juízo de 1º Grau para a prolação de nova sentença, valorando-se as provas remanescentes, excluídas as obtidas sem autorização judicial, cujo desentranhamento foi determinado, bem como as provas ilícitas por derivação.

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.645.137/MT, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 01/08/2017-grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. **A aventada ilicitude da prova que esteia a condenação, a ensejar a nulidade da sentença, não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.**

3. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".

4. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

5. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias

Superior Tribunal de Justiça

ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

6. Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 293.803/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 08/11/2016).

De outro vértice, com relação as circunstâncias judiciais da conduta social e dos maus antecedentes, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "*[...] o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita.*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Contudo, a pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

Esta Corte Superior tem entendido que "*[...] A aplicação de reprimenda penal sem a devida motivação consiste em ilegalidade flagrante, cujo reconhecimento independe de revolvimento do acervo fático-probatório, tendo o condão de supedanear a concessão de **habeas corpus**, de ofício [...]*" (AgRg no HC n. 348.838/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 22/8/2016).

Na hipótese, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, uma vez que as instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis as seguintes circunstâncias judiciais: **antecedentes e conduta social**, todas em razão da existência de **condenações criminais transitadas em julgado**.

Com relação à **conduta social**, vale frisar que esta retrata o papel na comunidade, inserida no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, não sendo tal circunstância judicial idônea para supedanear a elevação da pena quando não há notícias

Superior Tribunal de Justiça

negativas sobre esses aspectos sociais do comportamento do réu.

Desse modo, os maus antecedentes foram utilizados (condenações transitadas em julgado) tanto na avaliação da circunstância judicial referente aos antecedentes quanto na conduta social, o que caracteriza, indiscutivelmente, **bis in idem**.

Ilustrativamente, vale trazer à colação doutrina acerca do tema, **verbis**:

"Conduta social é o conjunto de relacionamentos (comportamentos); é a convivência do réu no meio familiar, social, cultural e laboral. Nessa linha, explicita-se que a vida, como atividade vital, consiste em utilizar e transformar energia que o ser vivo toma do mundo exterior para continuar vivendo, para existir como ser humano. Mas este aspecto biológico não é o bastante. O homem é um ser social, cultural e histórico que interage com os seus semelhantes por meio de processos psicológicos e sociais, recebe uma educação e desempenha um papel em sua comunidade. É a sua coexistência livre em sociedade. Há que se levar em consideração que um indivíduo pode ter ou não uma conduta social reprovável, independentemente de qualquer indicativo de ter ou não já sido responsabilizado penalmente, tampouco questões que sejam constitutivas do tipo delitivo podem ser aventadas a ponto de contribuir para a valoração negativa da conduta social do agente" (PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral: volume 3, São Paulo: Editora RT, 2014. p. 59).

"Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizos, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. No entanto, nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu; nessa hipótese, a presunção milita em seu favor" (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 15ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2010, pgs. 665-666).

Nesse sentido é o recente posicionamento da col. **Segunda Turma** do eg.

Pretório Excelso:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. FUNDAMENTO PARA DESVALORAR OS MAUS ANTECEDENTES E A CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INADEQUADA. 1. A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o

Superior Tribunal de Justiça

comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido" (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 24/5/2016, grifei).

"Habeas Corpus. 2. Homicídio qualificado, art. 121, § 2º, IV, CP. 3. Dosimetria da pena. 4. Fixação da pena base. (...) 7. Caracteriza bis in idem valorar negativamente as circunstâncias do crime quando já configuram qualificadora, as consequências delitivas quando elemento do próprio tipo penal, como é a morte para o homicídio e a conduta social usando dos antecedentes do sentenciado, visto que já utilizados para aumentar a pena sob outra rubrica. 8. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida" (HC n. 121.758/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 2/2/2015, grifei).

Transcrevo, a fim de elucidar a questão, excerto do voto proferido pelo e. Min. **Teori Zavascki**, por ocasião do julgamento do RHC n. 130.132, acerca da conduta social, **verbis**:

"[...]

2. Antes da reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, entendia-se que a análise dos antecedentes abrangia todo o passado do agente, incluindo, além dos registros criminais, o seu comportamento na sociedade. Entretanto, após a aprovação da Lei 7.209/84, a conduta social passou a ter configuração própria. Introduziu-se um vetor apartado com vistas a avaliar o comportamento do condenado no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Ou seja, os antecedentes sociais do réu não mais se confundem com os seus antecedentes criminais. Trata-se de circunstâncias diversas e, por isso mesmo, a exasperação da pena-base mediante a invocação delas exige do magistrado a clara demonstração de subsunção da realidade fática ao preceito legal, dentro dos limites típicos. Essa compreensão tem o aval da doutrina (BOSCHI, Antônio Paganella. Das Penas e Seus Critério de Aplicação, 6ª ed., 2013, Livraria do Advogado, p. 169; GRECO, Rogério. Código Penal Comentado, 5ª ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 155; Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência/coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco - 8ª Ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 344-345; entre outros). (grifei).

Superior Tribunal de Justiça

No âmbito desta Corte Superior, cito os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES CRIMINAIS DESMEMBRADAS. BIS IN IDEM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A revisão da dosimetria da pena no habeas corpus somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. Condenações definitivas anteriores, não sopesadas para fins de reincidência, não podem ser desmembradas para análise desfavorável de várias circunstâncias do art. 59 do CP, sob pena de incorrer-se no inadmissível bis in idem, exasperando-se a pena básica do réu, na mesma etapa da dosimetria e de forma cumulativa, apenas em virtude do histórico criminal do agente.

3. Tendo em vista que os registros criminais do réu foram divididos para valorar negativamente duas circunstâncias judiciais (conduta social e personalidade), ensejando a dupla exasperação da pena na mesma etapa da dosimetria, deve ser afastada uma das vetoriais.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar em 3 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa a pena definitiva do paciente" (HC n. 265.100/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 25/2/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE. POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

2. 'Quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, é inviável a utilização de condenações pretéritas transitadas em julgado para fundamentar conclusão negativa acerca da personalidade e da conduta social.' (HC 191.020/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 19/03/2012.)

3. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para reduzir a reprimenda do Paciente para 07 (sete) anos de reclusão, em

Superior Tribunal de Justiça

regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa" (HC n. 224.398/MG, Quinta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 1º/2/2013).

Outrossim, muito bem observado pelo d. representante do Ministério Público Federal às fls. 439-440, **verbis** (grifei):

"[...]mostra-se inadequada a valoração negativa da conduta social levando-se em conta apenas que o réu responde a outro processo criminal. Inexistindo nos autos fundamentação embasada em provas de que o réu possui uma má conduta social junto à comunidade, dentro do contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, etc, incabível a valoração negativa dessa circunstância judicial.

Tendo em vista que a reincidência foi considerada na segunda fase da dosimetria da pena, também se mostra inadequada a negatização dos antecedentes na primeira fase, vez que o juízo não fundamentou adequadamente a fim de demonstrar que não estaria incidindo em bis in idem.

O juízo exasperou a pena-base pela presença de três circunstâncias negativas, dentre elas, pela 'qualidade de droga' (natureza/diversidade). Entende-se ser cabível a concessão de ofício para não considerar a quantidade/diversidade/natureza da droga apreendida como negativa, isso porque foram apreendidas apenas 01 (uma) bucha de Cannabis sativa, vulgo 'maconha', pesando no total 10,58g (dez gramas e cinquenta e oito centigramas) e 2 (duas) pedras de 'crack', pesando no total 2,95g (dois gramas e noventa e cinco centigramas).

Assim, considerando que foi apreendido pouca quantidade e variedade de droga não houve justificção compatível ao caso, para o incremento da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal.

A pena-base deve, portanto, ser fixado em seu mínimo legal."

Destarte, imperioso realizar a revisão da dosimetria da pena do paciente para adequá-la às diretrizes previstas no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 59 do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

Concedo a ordem, de ofício, somente para determinar que as instâncias ordinárias refaçam os cálculos da dosimetria penal do paciente de forma a desconsiderar os óbices anteriormente apontados.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2019/0297159-6

HC 537.274 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00140917420188130407 10000180432007000 10407180014091001 140917420188130407

EM MESA

JULGADO: 19/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO LADEIA COLEN GUTERRES E OUTROS
ADVOGADOS : MARCELO LADEIA COLEN GUTERRES - MG167463
BRUNO GUARIENTO BARBOSA BRAGA - MG172212
PRISCILA SALLES CASTRO RIBEIRO - MG167557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CLAUDINEY SIQUEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.