**HABEAS CORPUS Nº 517.509 - SP (2019/0181916-7)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO RIBEIRO DANTAS** |
| IMPETRANTE | : | CARLOS HENRIQUE CREDENDIO |
| ADVOGADO | : | CARLOS HENRIQUE CREDENDIO - SP110780 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | MARIANA ANTONIO (PRESO) |
| INTERES. | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

**EMENTA**

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADES. TEMAS NÃO DEBATIDOS NA INSTÂNCIA ANTECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ACESSO ÀS MENSAGENS DE TEXTO EM CELULAR. PERÍCIA AUTORIZADA JUDICIALMENTE. PROVA LEGAL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA E DA CULPABILIDADE DA AGENTE. ELEMENTOS IDÔNEOS. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal 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.

2. Os temas relativos à inépcia da denúncia e à suposta irregularidade na requisição do MP por diligências complementares depois de oferecida a peça acusatória não foram objeto de debate na Corte de origem, o que impede a análise diretamente de tais questões por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

3. "Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem 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, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial (AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).

4. Hipótese em que a Corte Estadual entendeu pela legalidade das provas obtidas pelo acesso às mensagens do celular, pois, após a devida apreensão do aparelho no momento do flagrante, houve a regular perícia do telefone móvel mediante autorização judicial.

5. A pretensão de absolvição por insuficiência de provas não pode ser apreciada por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos.

6. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.
7. No caso, à exceção da quantidade da droga (238,03g de maconha) e da culpabilidade da agente ("desobedeceram à ordem de parada dos policiais, mas quase atropelaram um deles, fugiram pela calçada e foram perseguidos pela cidade, colocando em risco a integridade dos transeuntes. Tudo isso com duas crianças no carro (de 2 e 11 anos de idade), utilizadas para dissimular a nefasta mercancia"), observa-se que as instâncias antecedentes não se valeram de argumento inidôneo para a majoração da pena-base. Necessidade de readequação da pena.
8. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
9. Concluído pela instância antecedente que a paciente é habitual no comércio de entorpecentes, pois as provas colhidas nos autos denotam que vinha traficando de forma intensiva há meses, a alteração desse entendimento – para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.
10. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais (quantia de entorpecente e culpabilidade da agente), que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e redimensionar a sanção final da paciente para 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado.

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

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.
Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

**HABEAS CORPUS Nº 517.509 - SP (2019/0181916-7)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO RIBEIRO DANTAS** |
| IMPETRANTE | : | CARLOS HENRIQUE CREDENDIO |
| ADVOGADO | : | CARLOS HENRIQUE CREDENDIO - SP110780 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | MARIANA ANTONIO (PRESO) |
| INTERES. | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MARIANA ANTONIO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 8 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 833 dias-multa, como incursa no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo. Os embargos de declaração foram rejeitados.

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante ser ilegal a apreensão do celular pela autoridade policial, sem o devido processo legal, assim como as provas obtidas no aparelho, já que a paciente não foi presa em flagrante.

Aduz que o Ministério Público ofereceu denúncia contra a acusada, mesmo sem a existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade, tanto que em conjunto requisitou novas diligências investigativas em sede policial e quebras de sigilo telefônico. Destaca, portanto, "a ilicitude da suposta prova requerida por meio de diligência no proêmio da ação penal, após o oferecimento da denúncia maculou todos os demais atos, prejudicando a amplitude da defesa, o que foi convalidado pela juíza".

Ressalta que, sendo flagrante tais nulidades, deveria o Tribunal *a quo* conhecê-las a qualquer tempo, inclusive em sede de embargos de declaração.

Sustenta a ausência de provas da autoria e da prática delitiva, visto que a condenação está amparada em depoimentos controversos dos policiais e em mensagens de celular relativas ao tráfico de drogas, que sequer fazem referência a dia dos fatos analisados no caso em apreço.

Defende ser inidônea e desproporcional a exasperação da pena-base com amparo apenas na quantidade do entorpece apreendido, que é inexpressiva.

Argumenta que não há elementos concretos para comprovar a habitualidade delitiva da paciente ou o seu envolvimento com grupo criminoso, razão pela qual deve ser reconhecido o tráfico privilegiado, sobretudo por ser primária e de bons antecedentes.

Destaca ser cabível o regime mais brando, caso sejam acolhidos os pleitos de readequação penal.

Pugna, assim, pelo reconhecimento a nulidade do processo desde o recebimento a denúncia, diante da ilegalidade das provas obtidas do celular da acusada, desentranhando dos autos os laudos periciais. Subsidiariamente, requer, a absolvição do delito de tráfico ou a redução da sanção básica, a aplicação do redutor na fração máxima, a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 2.370).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela

denegação da ordem (e-STJ, fls. 2.375-2.387).

**É o relatório.**

**HABEAS CORPUS Nº 517.509 - SP (2019/0181916-7)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO RIBEIRO DANTAS** |
| IMPETRANTE | : | CARLOS HENRIQUE CREDENDIO |
| ADVOGADO | : | CARLOS HENRIQUE CREDENDIO - SP110780 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | MARIANA ANTONIO (PRESO) |
| INTERES. | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

**EMENTA**

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADES. TEMAS NÃO DEBATIDOS NA INSTÂNCIA ANTECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ACESSO ÀS MENSAGENS DE TEXTO EM CELULAR. PERÍCIA AUTORIZADA JUDICIALMENTE. PROVA LEGAL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA E DA CULPABILIDADE DA AGENTE. ELEMENTOS IDÔNEOS. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal 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.

2. Os temas relativos à inépcia da denúncia e à suposta irregularidade na requisição do MP por diligências complementares depois de oferecida a peça acusatória não foram objeto de debate na Corte de origem, o que impede a análise diretamente de tais questões por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

3. "Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem 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, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial (AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).

4. Hipótese em que a Corte Estadual entendeu pela legalidade das provas obtidas pelo acesso às mensagens do celular, pois, após a devida apreensão do aparelho no momento do flagrante, houve a regular perícia do telefone móvel mediante autorização judicial.

5. A pretensão de absolvição por insuficiência de provas não pode ser apreciada por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos.

6. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.
7. No caso, à exceção da quantidade da droga (238,03g de maconha) e da culpabilidade da agente ("desobedeceram à ordem de parada dos policiais, mas quase atropelaram um deles, fugiram pela calçada e foram perseguidos pela cidade, colocando em risco a integridade dos transeuntes. Tudo isso com duas crianças no carro (de 2 e 11 anos de idade), utilizadas para dissimular a nefasta mercancia"), observa-se que as instâncias antecedentes não se valeram de argumento inidôneo para a majoração da pena-base. Necessidade de readequação da pena.
8. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
9. Concluído pela instância antecedente que a paciente é habitual no comércio de entorpecentes, pois as provas colhidas nos autos denotam que vinha traficando de forma intensiva há meses, a alteração desse entendimento – para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.
10. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais (quantia de entorpecente e culpabilidade da agente), que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e redimensionar a sanção final da paciente para 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado.

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):**

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

De início, observa-se que a suposta inépcia da denúncia - porque ausentes indícios suficientes de autoria e de materialidade - e a alegada nulidade processual porque requeridas diligências pelo MP após o oferecimento da denúncia não foram objeto de debate na Corte de origem, o que impede a análise diretamente de tais questões por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância (RHC 106.965/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/5/2019, DJe 3/6/2019; RHC 92.281/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/3/2018, DJe 3/4/2018).

Quanto à tese de ilicitude das provas obtidas no celular da paciente, o Tribunal *a quo*, ao rejeitar os aclaratórios, por se tratar de indevida inovação recursal, consignou o seguinte:

> "Já em relação às alegações de ilicitude das provas e da possibilidade de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, os próprios embargantes reconhecem que tais matérias não foram questionadas expressamente em razões de apelação, não havendo, portanto, que se cogitar de omissão no tocante a algo que sequer foi suscitado.
> De toda sorte, a fim de não deixar margem à futura alegação de nulidade, deve-se registrar que não se vislumbra a aventada ilicitude, afinal houve regular perícia no celular de Mariana, presa em plena situação de flagrância, a qual, inclusive, foi obstada pelos policiais para que não apagasse as mensagens nele contidas.
> Não há como não conjecturar, ademais, que, se a própria defesa nada aventou desde o início da persecução penal é porque não havia mesmo patente ilicitude, apenas invocando a presente tese em razão do desfecho condenatório.
> Tal manobra, por óbvio, não pode ser acolhida, tratando-se de verdadeira 'nulidade de algibeira', suscitada em via deveras inapropriada, porquanto ausente omissão, contradição ou obscuridade"(e-STJ, fls. 122-123).

Sobre o tema, ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior já se manifestaram que "É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do whatsapp) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular" (REsp 1.755.974/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019; AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).

**No entanto, esse não é o caso dos autos**.

Segundo se infere dos autos, a prisão em flagrante da paciente e do corréu decorreu de patrulhamento de rotina da policia militar. A exordial acusatória relata que:

> "Consoante se apurou, policiais militares faziam um patrulhamento regular e receberam uma informação, via Copom. que indicava que havia um veículo (Vectra. de cor cinza) cujos ocupantes"' estavam praticando o tráfico de drogas No endereço referido, então, avistaram o aludido veículo, que era conduzido por MARIANA. estando LUIZ PAULO no banco do passageiro (havia duas crianças, de 2 e 11 anos de idade, no banco de trás do automóvel). Os policiais deram sinal de parada, mas a motorista empreendeu fuga. Seguiu-se uma perseguição e os policiais chegaram a efetuar dois disparos de arma de fogo no pneu do automóvel. Nas proximidades da ponte do 'Córrego da Figueira", LUIZ PAULO descartou diversos invólucros, tendo a motorista, em seguida, parado o veiculo. Houve revista e nada de irregular foi localizado dentro do veículo. Ao verificarem o que havia sido descartado pelo indiciado, foi achada a droga antes mencionada."

Por sua vez, de uma leitura atenta dos autos, verifica-se que não há registros de que os policiais militares tiveram acesso aos dados constantes no celular da paciente, no momento da prisão em flagrante.

Ao contrário, conforme se extrai do acórdão impugnado, o aparelho telefônico foi tão somente apreendido no momento do flagrante, após os policiais militares obstarem que a paciente apagasse as mensagens nele contidas, tendo sido submetido, posteriormente, a regular perícia, judicialmente autorizada.

Não há, portanto, se falar em violação a intimidade e da vida privada da ré, uma vez que a quebra de sigilo de dados armazenados no seu telefone foi realizada mediante devida autorização judicial, após o recolhimento do aparelho, em situação de flagrância.

No mesmo sentido:

> "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LAVAGEM DE DINHEIRO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. NÃO CONFIGURADA. LAUDO DEFINITIVO QUE NOTICIA A APREENSÃO DE LSD, SUBSTÂNCIA PRESCRITA. NULIDADE DA PROVA. EXAME DE APARELHO DE CELULAR DE CORRÉU. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA. EXISTÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP OBSERVADOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus substitutivo do recurso adequado, o 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.
> II - De fato, na substância apreendida como ecstasy, foi constatada a presença de N-ETILPENTILONA e DIBUTILONA, as quais foram incluídas pela Anvisa como proibidas em data posterior à apreensão. Ocorre que na mesma ocasião foram apreendidas 88 (oitenta e oito)

> unidades de LSD, substância capaz de causar dependência física e psíquica e por isso prescrita pela Portaria 344/2008 da Anvisa, desde data anterior aos fatos, nos termos de laudo definitivo, a demonstrar a materialidade do delito de tráfico de drogas.
> III - Não há que se falar em ilegalidade da prova quando o aparelho celular do corréu, apreendido quando da prisão em flagrante, somente foi examinado após autorização judicial que afastou o sigilo das comunicações.
> IV - Nos termos do art. 41 do CPP, a denúncia conterá a "exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".
> V - Caso em que a exordial acusatória bem observou o mandamento legal, descrevendo fato típico, em tese, narrando que os pacientes se associaram, com estabilidade e permanência, desde o ano de 2015, com o objetivo de praticar o crime de tráfico interestadual de drogas. A peça esclareceu a função de um dos pacientes para a consecução do intento do grupo criminoso. Além disso, apontou especificamente os bens adquiridos com o proveito ilícito dos crimes anteriores, conduta apta a configurar o crime de lavagem de dinheiro, de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa e do contraditório, não havendo que se falar em inépcia da peça inaugural.
> VI - O trancamento da ação penal por meio de habeas corpus constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade. VII - A liquidez dos fatos, cumpre ressaltar, constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa, pois o exame aprofundado de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus ou de seu recurso ordinário, uma vez que seu manejo pressupõe ilegalidade ou abuso de poder flagrante a ponto de ser demonstrada de plano.
> VIII - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos de autoria, não sendo exigida a certeza, que a toda evidência somente será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia o princípio do in dubio pro societate.
> IX - A ação penal, no caso sob exame, foi iniciada com fundamento em prova da materialidade (laudo definitivo da apreensão da substância entorpecente LSD) e indícios mínimos de que os pacientes se associaram com o propósito de praticar o crime de tráfico de drogas, cabendo a cada um deles diferente função dentro do grupo que se especializou em adquirir substâncias entorpecentes no Rio de Janeiro e em São Paulo, para posterior distribuição ilícita em São João Del Rei/MG.
> Habeas corpus não conhecido.
> (HC 432.896/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 08/05/2018)

No que se refere à pretensão de absolvição do delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, verifica-se que há testemunhos seguros, somado ao conjunto probatório trazido como fundamento no acórdão impugnado (auto de prisão em flagrante, boletins de ocorrência, auto de exibição e apreensão, laudo de constatação, laudo de exame químico-toxicológico, relatório de inteligência e laudos periciais no celular apreendido), de que a paciente foi

surpreendida transportando - 1 porção de maconha (238,03g) -, em desacordo com a lei ou norma regulamentar (e-STJ, fls. 95-107).

Confiram-se o seguinte trecho do acórdão impugnado:

> "Induvidosa restou a autoria.
> Mariana, na fase extrajudicial, disse que saiu com Luiz Paulo, seu namorado, para comprar pizza. No carro que dirigia estavam também o filho do casal e o irmão da declarante. Em dado momento, uma pessoa identificada como 'Leo' ligou para o celular da declarante para falar com Luiz Paulo. Este, então, disse que deveria ir às proximidades da Fatec, uma rua escura. Lá, Luiz Paulo saiu do veículo e conversou com 'Leo', que chegou em numa moto. Viu Luiz Paulo entregar algo a 'Leo'. Quando deixaram o local, depararam-se com uma viatura policial, ocasião em que, a pedido de Luiz Paulo, empreendeu fuga, sob a justificativa de que iria ser multada em razão de as crianças não estarem sentadas em cadeirinhas infantis. Somente soube das drogas, quando Luiz Paulo se desfez dela (fls. 11/13).
> Já em juízo, calou-se (fls. 1.891/1900).
> Luiz Paulo, por sua vez, admitiu, na delegacia, a propriedade do entorpecente, mas alegou que era para o seu próprio consumo. Ademais, disse que a corré não tinha conhecimento da sua existência, mesmo após mandá-la parar na rodoviária e transacionar a droga com Tiago (fls. 14/15).
> Sob o crivo do contraditório, Luiz Paulo manteve a versão de que apenas comprou as drogas para seu próprio consumo. Foi ao Jardim Orlando Ometto e perguntou para alguns indivíduos que estavam sentados numa esquina se eles tinham droga para vender. Um deles se apresentou como 'Leo Mancha' e respondeu-lhe que possuía, mas não naquele momento. Assim, o rapaz lhe passou o número do seu telefone celular a fim de combinar de se encontrarem depois.
> O interrogado anotou o número de 'Leo Mancha' no celular de Mariana. Pediu a ela que pegasse emprestado o carro do genitor para irem a Jaú comprar pizza; quando chegou em Jaú, ligou para 'Leo Mancha', o qual lhe disse que estava tomando banho e logo iria se encontrar com o interrogado, mas não no Jardim Orlando Ometto, pois o local era 'molhado'. Encontraram-se atrás da FATEC; 'Leo Mancha' chegou em uma moto grande (Hornet) e entregou-lhe a droga.
> Minutos depois, surgiu uma viatura policial ordenando que descessem. O interrogado mandou Mariana fugir do local, pois iria ser multada pelo fato de as crianças estarem no banco do passageiro sem cinto de segurança e sem a cadeirinha. Durante a fuga, dispensou a droga pela janela do veículo, mas a substância acabou sendo apreendida pelos policiais. Negou o teor das conversações telefônicas interceptadas (fls. 1.891/1.900).
> Por seu turno, Leonardo, ouvido apenas perante a autoridade judicial, negou a prática dos fatos. Conhecia Luiz Paulo havia pouco tempo e lhe emprestou R$ 350,00, já que ele estava passando por necessidades. De fato, encontrou- se com Luiz Paulo em frente à FATEC, mas para receber a quantia emprestada. Não tinha uma motocicleta Honda/Hornet de cor dourada, e sim uma CG 150, de cor preta. Não sabe por que Luiz Paulo disse ter recebido droga do interrogado. Não possui o apelido de 'Leo Mancha', porém tem manchas de vitiligo pelo corpo. Por ser usuário de drogas, Luiz Paulo lhe perguntou por onde poderia comprá-las (fls. 1.891/1.900).

Não obstante tais versões, os fatos restaram comprovados conforme narrados na denúncia.

O policial militar Wagner Sanches relatou que estavam em patrulhamento, quando receberam a informação de que um veículo transportava drogas. Passaram a diligenciar e identificaram o carro mencionado. Fecharam a via com a viatura e ordenaram que desembarcassem, porém não foram obedecidos. Mariana jogou o automóvel pela calçada e tentou atropelar o depoente, que efetuou dois disparos contra o pneu dianteiro. Os agentes, contudo, conseguiram fugir, e se iniciou a perseguição, durante a qual viram o passageiro do carro arremessar o invólucro contendo as drogas. Conseguiram realizar a abordagem em razão do desgaste dos pneus que inviabilizou a fuga, sendo necessário o uso de força moderada para retirar os dois do carro.

Mariana era quem dirigia o veículo e Luiz Paulo ocupava o banco do passageiro; no banco de trás, havia duas crianças.

Luiz Paulo gritou para a mulher se desfazer do celular, a qual entrou em luta corporal com o policial Emerson, chegando a rolar pela via pública. Ao retornarem pelo caminho da fuga, localizaram 05 invólucros de drogas nos locais indicados por Mariana. Na delegacia, Luiz Paulo tentou eximir Mariana. Já conhecia Luiz Paulo pelo envolvimento com o tráfico (fls. 1.753/1.754).

Não divergiu o depoimento do policial Emerson Luiz Mesquita. Este acrescentou que o carro que Mariana dirigia era todo 'insulfilmado', inclusive o para-brisa, e que foi jogado por ela contra a viatura, mesmo com as crianças dentro. Após a abordagem, o depoente entrou em luta corporal com Mariana, pois esta tentava apagar mensagens do celular. Informalmente, Mariana disse que adquiriu drogas de 'Leo Mancha'. Ela sabia que eram drogas, porque as mensagens estavam todas no celular dela (fls. 1.753/1.754).

O delegado de polícia Nelson Henrique Júnior salientou que Mariana informou que o pacote com as drogas foi entregue no bairro Orlando Ometto por um tal de 'Léo'. O depoente concluiu que 'Léo' somente poderia ser o Leonardo, traficante muito conhecido no bairro como 'Leo Mancha' (fls. 1.753/1.754).

O policial militar Robson Loureiro de Barros asseverou que acompanharam as investigações realizadas pelo GAECO na linha interceptada de Leonardo. As ligações eram monitoradas em tempo real e direcionadas ao Sistema Guardião da Polícia Militar, mas não havia acompanhamento de campo. No dia 12/05/2017, Leonardo disse que comprou uma motocicleta Honda/Hornet de cor dourada. Em uma das ligações, ouviram Leonardo conversar com Luiz Paulo que se encontrariam na FATEC. Assim, acionaram a Polícia Militar que conseguiu efetuar a prisão dos corréus (fls. 1.891/1.892).

Já o policial Bruno Eduardo Bertizoli esclareceu que Leonardo travou contato com Luiz Paulo para se encontrarem em Jaú. Descobriram que a linha utilizada por Luiz Paulo era de Mariana. Em seguida, os réus marcaram um ponto de encontro (atrás da faculdade). Neste local, o depoente viu um Vectra cinza, dirigido por Mariana, tendo Luiz Paulo como passageiro. Permaneceram a cerca de 50 metros deles e notaram a aproximação de Leonardo em uma moto dourada e a entrega de um pacote para Luiz Paulo. Em seguida, os acusados foram embora (fls. 1.891/1.892).

Assim, apesar das críticas desfechadas pela combativa defesa dos apelantes, vestem-se os depoimentos dos policiais, sim, com maior valoração, porquanto isentos, despidos da intenção de imputar tão grave crime a um inocente.
E mais, diante da prática adquirida com a profissão por eles desempenhada, são capazes de apontar fatos e circunstâncias imprimidas nas diligências levadas a efeito para elucidar o acontecido, só deles conhecida, que culminam por trazer a certeza do cometimento imputado, especialmente quando as versões por eles descritas são anotadas logo de início no auto de flagrante e não desmerecidas sob o crivo do contraditório.
Registre-se que, além de não demonstrado o interesse dos agentes da lei em prejudicar os apelantes, o depoimento deles 'pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte.' (STJ - HC 40162/MS, Min. Gilson Dipp, DJ 28.03.2005).
[...]
Saliente-se que as pequenas divergências nos testemunhos prestados pelos colegas de profissão são perfeitamente aceitáveis, dadas as peculiaridades do caso em que se investigavam diversas pessoas, e não apenas o corréu Leonardo.
[...]
Logo, não é caso de absolvição.
Apesar de a defesa de Leonardo tentar a todo custo colocar em xeque o trabalho investigativo operado pelos policiais e pelo órgão acusatório, não conseguiu sequer desvincular Leonardo da linha telefônica interceptada.
Ora, a identificação de Leonardo, no presente feito, somente foi possível pela interceptação do diálogo entre ele e o corréu Luiz Paulo que transacionaram drogas no dia 24.06.2017 e após a prisão do próprio Luiz Paulo e de Mariana, já que o efetivo policial não conseguiu realizar a abordagem conjunta de todos os envolvidos. Daí sobreveio o aditamento à denúncia para que Leonardo também passasse a figurar no polo passivo desta ação penal.
A não ocorrência da prisão de Leonardo em data anterior teve sua razão de ser: ele adotava peculiar *modus operandi* de guardar drogas em locais que não fossem sua residência a fim de se furtar à eventual abordagem policial, uma vez que bastante conhecido em tal meio pelo envolvimento com os crimes de tráfico de drogas e de roubo (fls. 174).
E, malgrado a famigerada linha telefônica não estivesse cadastrada em seu nome, em ligações realizadas para sua mãe, esta faz expressa referência a ele como 'filho'; Leonardo pede à mãe que informe os dados bancários contidos no cartão de crédito dele; Leonardo posta fotos nas redes sociais com uma moto Honda CB 600 de cor dourada, a mesma utilizada na entrega da droga a Luiz Paulo (fls. 174/176); tudo a não deixar dúvidas acerca de sua identidade.
Mais sintomático, ainda, é o dialogo interceptado entre Leonardo e Luiz Paulo no dia 24.06.2017, às 19h13, combinando o local de encontro para pegar droga (aqui, em linguagem cifrada tida como 'moeda'). Às 19h37, quando Luiz Paulo chega à FATEC, Leonardo diz que está 'pegando as drogas' (que estavam escondidas). Tudo conforme consta a fls. 181.
Não é de se espantar que, apenas alguns dias depois, Leonardo se desfaz da antiga linha telefônica e cadastra um novo chip (fls. 181/182).
Os réus, aliás, não negaram que se encontraram naquele dia, e a alegação

de Leonardo de que encontrou Luiz Paulo apenas para receber um dinheiro que havia emprestado é totalmente falaciosa, tanto é que o policial Bruno viu Leonardo entregar um pacote a Luiz Paulo, e não este entregar algo a Leonardo.

Em suma, é incontestável que as drogas apreendidas com Luiz Paulo e Mariana foram entregues por Leonardo.

Confira-se, por fim, o sintomático diálogo entre Luiz Paulo e Leonardo referente ao tráfico, em maio de 2017:

> Leonardo: Boa. Quebrada?
> Luiz Paulo: Foi 30g q veio amigao;
> Leonardo: Não foi 50 quebrada; O da barra que separa tudo; Nois só vende de 50; Tlgd; E de 5; G; Tá faltando ai; Nessa caminhada; Quebrada (fls. 267)

De igual modo, restou comprovado que Mariana não só tinha plena ciência do tráfico perpetrado por Luiz Paulo, como também o praticava, inclusive, com contatos dentro de presídios.

É certo que não foram interceptadas ligações entre Mariana e Leonardo, todavia o celular de propriedade de Mariana foi devidamente apreendido e periciado.

E, não obstante Luiz Paulo utilizasse o aparelho de Mariana, em várias dessas conversas é possível identificar que a interlocutora era a própria Mariana, por exemplo, ao conversar com sua mãe e, sobretudo, se referir ao próprio Luiz Paulo, segundo se nota em inúmeros diálogos travados por meio do aplicativo WhatsApp (fls. 258/343), alguns deles a seguir transcritos:

> Mariana: Mae sei la mais não to mto afim de ir sábado não; to com mal pressentimento; mas o qe você acha Mãe: Sexta foeira nois resolve; Se vc não for manda telegrama avisando; Sexta feita; É q na rua ta fraco p ganhar dinheiro la já ta salvando;
> Mariana: Eu sei que ta salvando mais não adianta se arriscar tanto ne mae; Eu acho que nois ta se arriscando demais (fls. 269).
> Mariana: Quem pagou foi só o Dr 150 e uma menina de 30; O zela já colocou?
> Mãe: Não.
> Mariana: Da uma perguntada pra ela; O Richard vai por amanha ou segunda só Mãe: Ela disse q ia por hj; Mas até agora não mando tr
> Mariana: Ai esse contato que te passei eh do tinho ele pegou 150 mais não consegui flar a pessoa ela pediu pra mandar o pipa no whats (fls. 270).
> Mariana: Amanha não vou na cadeia não, já desenrolei com a muie do rato ela trouxe retorno Mãe: Semana que vem nois vai bem cedo Mariana: Sim vai nois duas, porq não compensa ir só eu levar 100g deixa pra semana que vem nois leva 300 (fls. 271).
> Mariana: Não tem como pegar de outro mae, o Paulo vai pagar os 300 reais pra pegar 50g; Ta difícil porq não eh eles que solta e outro muleke; Ele mandou msg aqui agora pra cola la 6 horas Mãe: Se não der deixa eu vu amanha levo a maconha pra paga a divida la e pronto o certo era ter ido hj Mariana: Era se tivesse a caminhada; Pra pagar asa contas tem a maconha, mais eu quero levar o pó pra pagar algumas pessoas porq o pó eh mais caro (fls.
> 276).

Ademais, a atitude totalmente destemperada de Mariana de fugir da

> abordagem policial pela calçada, inclusive, tentando atropelar um dos agentes públicos, é indicativo bastante de que tinha conhecimento da droga adquirida por Luiz Paulo momentos antes e não pelo simples fato de as crianças não estarem sentadas em cadeiras adequadas no carro.
> Não bastasse, o desespero de Luiz Paulo para que Mariana apagasse mensagens do celular, ordem prontamente obedecida por ela que até entrou em luta corporal com um dos policiais, é autoexplicativo diante das inúmeras mensagens alusivas ao tráfico de drogas.
> Somam-se a isso fotos retratando Luiz Paulo e Mariana com drogas, cartas manuscritas relacionadas à negociação de drogas e recibos de depósito de dinheiro (fls. 334/342).
> No mais, não houve a imputação de que Mariana traficasse drogas visando a atingir estabelecimentos prisionais, na medida em que mencionada circunstância não foi descrita na denúncia e, assim, não poderia servir como base para eventual majoração de sua pena. Tão somente as provas foram valoradas em conjunto para se concluir pela configuração do delito de tráfico de drogas, e não pelo crime de porte de drogas para o próprio consumo.
> Vale lembrar que, ainda que os réus consumissem entorpecentes, tal situação, de forma alguma, excluiria a possibilidade de que também se dedicassem a comercializá-los, sendo, portanto, a análise das provas colhidas determinante da real destinação das substâncias ilícitas.
> No caso em apreço, restou claro, ante o cabedal probatório acima analisado, que as drogas apreendidas reservavam-se a terceiros.
> [...]
> Assim seguro, o quadro probatório alicerça firmemente a condenação lançada aos autos, já que o tipo penal acha-se aperfeiçoado.
> Trata-se de apelantes presos em flagrante delito, que, agindo em concurso de pessoas, traziam consigo drogas, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não sendo possível se cogitar da absolvição ou da desclassificação.
> Condenação, portanto, irreparável (e-STJ, fls. 95-107).

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, "para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Vale anotar, ainda, que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; HC 393.516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Desse modo, apoiada a condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes em prova suficiente, o acolhimento do pedido de absolvição demanda o exame aprofundado dos fatos, o que é inviável em *habeas corpus* (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1º/6/2017, DJe 7/6/2017; HC 377.414/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017).

Quanto à dosimetria penal, o Juízo sentenciante estabeleceu a pena-base em 8 anos e 4 meses de reclusão pelos seguintes fundamentos:

> "Na primeira fase (CP, art. 59, *caput*), o que merece ser relevada é a maior culpabilidade ou censurabilidade da conduta dos réus, em razão da quantidade da droga apreendida (aproximadamente 240g de maconha), evidenciando, além do que, o intenso (e de mais graves consequências) tráfico praticado. Outrossim, porque MARIANA e LUIZ PAULO desobedeceram ordem policial de parada e empreenderam fuga, por ruas centrais desta cidade, na condução de veículo automotor e com duas crianças (de 2 e 11 anos de idade, aliás, a mais nova, filha deles) no banco do passageiro, submetendo-as a grande perigo de vida (tanto que foi necessário que os Policiais Militares efetuassem dois disparos de arma de fogo em um dos pneus do veículo para impedir que a perseguição continuasse), além do exemplo degradante da conduta deles a que expuseram, sobretudo, a própria filha, conduta essa que, pior ainda, visaram dissimular usando, verdadeiramente, a companhia de tais crianças; [...]. Também deve ser considerada a personalidade deformada dos réus e de maior perniciosidade, pois a prova igualmente deixou fora de dúvida que eles já estavam há tempos enfronhados na criminalidade (enfatize-se que o tráfico é fomentador de toda uma rede de criminosa), fazendo da traficância o seu *modus vivendi*. [...]. Diante de todas essas circunstâncias negativas, as penas-bases reclamam ser exasperadas em 2/2 para LEONARDO e em 2/3 para LUIZ PAULO e MARIANA, pois o mais proporcional ao quanto analisado, mas com o dia-multa calculado sobre o mínimo, ante a falta de elementos acerca da real situação econômica dos réus (CP, art. 60 c/c Lei nº 11.343/06, art. 43).
> [...]
> Na segunda fase, em razão da menoridade relativa de LEONARDO (CP, art. 65, I, 1ª parte), aplico o decréscimo de 1/6, como o mais proporcional ao tanto e qualidade da atenuante reconhecida, não havendo outras atenuantes a serem consideradas, tampouco a da confissão, pois a fala do réu LUIZ PAULO foi parcial e evidentemente tendenciosa. Não há agravantes a serem aplicadas.
> Na terceira fase, não há causas de aumento nem de diminuição de pena a serem aplicadas, nem mesmo a do parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pois em patente incompatibilidade com as sobreditas circunstâncias judiciais e, então, porque o quadro analisado deixou claro não ter se tratado de um tráfico isolado, meramente ocasional ou incipiente a que visa enfocado benefício legal (lembre-se de que o relatório de inteligência do Núcleo do GAECO em Bauru (fls. 165/83) esclareceu que os réus estavam praticando a traficância há meses e de forma intensa, tendo eles, acrescento, resvalado, para dizer o mínimo, também no crime autônomo de associação)" (e-STJ, fls. 152-155).

O Tribunal de origem manteve a sanção imposta em primeiro grau, em decisão assim motivada:

> "As básicas de todos os réus foram estipuladas em montante acima do patamar mínimo previsto em lei (2/3 para Mariana e Luiz Paulo e **2/2 para Leonardo**), **considerando as seguintes circunstâncias judiciais**

**negativas: a) quantidade de droga apreendida**; b) culpabilidade elevada de Mariana e de Luiz Paulo; c) **personalidade** deformada dos acusados; e d) **conduta social** reprovável de Leonardo.
Em relação ao primeiro fundamento, a sentença é irrepreensível, uma vez que a quantidade e a natureza das drogas são parâmetros com expressa previsão no art. 42 da Lei de n o 11.343/06 e que, inclusive, preponderam sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.
Não se olvide que, no presente caso, houve a apreensão de um total de **238g de maconha** que fracionados poderiam formatar 476 porções (dado que para cada cigarro é necessário cerca de 0,5g da droga), o que torna a conduta especialmente reprovável, já que apta a atingir centenas de usuários.
[...]
A culpabilidade de Mariana e de Luiz Paulo também se mostrou altamente reprovável, afinal eles não só desobedeceram à ordem de parada dos policiais, mas quase atropelaram um deles, fugiram pela calçada e foram perseguidos pela cidade, colocando em risco a integridade dos transeuntes. Tudo isso com duas crianças no carro (de 02 e 11 anos de idade), utilizadas para dissimular a nefasta mercancia. Lembre-se que foi necessário efetuar disparos contra o veículo para que Mariana e Luiz Paulo fossem contidos.
A personalidade deformada também restou comprovada, porquanto todos os acusados já estavam enfronhados na criminalidade havia tempos, mercancia, por certo, não iniciada no dia da prisão deles.
[...]
Em seguida, incidiu a redução de 1/6 por força da atenuante da menoridade relativa de Leonardo.
Lado outro, não há que se ventilar a aplicação dessa mesma atenuante em favor de Mariana, que sequer era menor de 21 anos à época dos fatos (nascida em 08.03.1996, conforme fls. 1.738).
No mais, escorreita a não incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, visto que não preenchidos os requisitos legais.
Com efeito, o dispositivo legal em apreço exige que o agente, além de primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa ou não integre organização com esse fim, ou seja, é benefício destinado apenas e tão somente ao traficante de menor quilate, neófito, que se engaja pela primeira vez no tráfico ilícito, o 'traficante de primeira viagem', nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330), o que, à evidência, não é o caso dos autos.
[...]
Ora, as circunstâncias da prisão evidenciam que os acusados se dedicavam às atividades criminosas, pois não comprovaram ter ocupação lícita da qual pudessem extrair seu próprio sustento e, assim, não depender da espúria mercancia para sobreviver.
Além disso, não se deve ignorar que houve a apreensão de grande quantidade de maconha, que seria fracionada e posteriormente revendida a diversas pessoas, conforme se depreende das mensagens trocadas por Mariana.
Leonardo, por seu turno, é conhecido nos meios policiais, desde adolescente por ato infracional análogo a tráfico.
Habitualidade, pois, mais do que comprovada, devendo as penas serem mantidas nos patamares fixados na sentença" (e-STJ, fls. 107-110)

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Na hipótese, observa-se que a pena-base foi elevada em 3 anos e 4 meses, com base na **quantidade de entorpecente (238,03g de maconha**); na **culpabilidade da agente** ("desobedeceram à ordem de parada dos policiais, mas quase atropelaram um deles, fugiram pela calçada e foram perseguidos pela cidade, colocando em risco a integridade dos transeuntes. Tudo isso com duas crianças no carro - de 02 e 11 anos de idade-, utilizadas para dissimular a nefasta mercancia"); e na **personalidade** (já estava há tempos enfronhado na criminalidade, fazendo da traficância seu *modus vivendi*).

Entretanto, em que pese a existência de certo grau de discricionariedade do julgador no cálculo da pena, verifica-se que a decisão impugnada, à exceção da quantia da droga e da culpabilidade da agente, carece de motivação válida quanto à análise desfavorável da personalidade.

Conforme a jurisprudência sedimentada desta Corte, considerações genéricas, inerentes ao próprio tipo penal ou mesmo desvinculadas do contexto fático dos autos, não servem para o agravamento da pena.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA QUE EXTRAVASA O TIPO PENAL. MAJORANTES DO ROUBO. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. NÃO VERIFICAÇÃO. PENA-BASE EXASPERADA PELO *MODUS OPERANDI* (SOCOS NA FACE) E NÃO PELAS MAJORANTES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do *habeas corpu*s substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.
> 2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.
> 3. Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos não podem ser utilizados para aumentar a pena-base.
> [...]
> 6. *Habeas corpus* não conhecido."
> (HC 377.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 1/2/2017);

> "*HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS AFASTADAS. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS). IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.
> 2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se suficiente a motivar a exasperação da pena-base a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - duas porções de cocaína, pesando 1,976kg (um quilo, novecentos e setenta e seis gramas).
> 3. No caso, o Magistrado sentenciante afirmou, ao estabelecer a basal dos crimes de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico, que a culpabilidade do réu, entendida como índice de reprovabilidade, seria de elevada intensidade (e-STJ fl. 51). Tal justificativa evidencia-se manifestamente genérica, inerente ao tipo incriminador, não anunciado, sequer sucintamente, o maior grau de reprovabilidade da conduta perpetrada ou o menosprezo especial ao bem jurídico violado. É caso, portanto, de falta de fundamentação.
> 4. Por derradeiro, insuficiente a motivar a exasperação da pena-base a afirmação de que funestas foram as consequências dos crimes, pois degradam pessoas e comprometem o tecido social (e-STJ fl. 51), porquanto os elementos apresentados pelas instâncias ordinárias não transcendem o resultado típico, são inerentes aos delitos e já foram sopesados pelo legislador no momento da fixação da pena em abstrato do delito. Precedentes.
> 5. "Não se aplica a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei" (HC 342.317/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 2/2/2016).
> 6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente a 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 1.305 (mil, trezentos e cinco) dias-multa."
> (HC 258.475/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

No tocante à culpabilidade, de fato, constata-se que houve maior reprovabilidade na conduta da paciente, uma vez que ela e o corréu desobedeceram a ordem policial de parar o veículo e empreenderam fuga pela calçada, ocasionando uma perseguição pela cidade, com a colocação em risco da integridade física dos transeuntes e de duas crianças (2 e 11 anos de idade), que estavam no carro (HC 315.862/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/5/2017, DJe 11/05/2017).

Sob tal contexto, fixa-se a pena-base em **6 anos de reclusão e 600 dias-multa**,

pela aferição desfavorável da quantidade de droga e da culpabilidade desfavorável da agente.

Por outro lado, não merece acolhimento o pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017 ).

*In casu*, as instâncias ordinárias negaram a aplicação da minorante por entenderem que a paciente e os corréus estavam traficando, de forma intensa, há meses conforme relatório de inteligência do Núcleo do GAECO e demais informações colhidas no celular da ré.

Portanto, assentado pela instância ordinária, soberana na análise dos fatos, que a paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

> "AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTOS CONCRETOS.
> 1. O Tribunal de Justiça, ao analisar as circunstâncias dos autos - quantidade e natureza da droga, balança de precisão e certa quantia em dinheiro - afirmou que o acusado se dedicava a à atividade criminosa.
> 2. Esta Corte Superior tem reiteradamente decidido, em observância ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que havendo demonstração de que o paciente se dedica à atividade criminosa, mostra-se inaplicável a minorante em questão.
> 3. As instâncias ordinárias apresentaram fundamentação concreta para a fixação do regime fechado (circunstância judicial negativa (consequências do crime - fl. 206), evidenciada pela apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecentes (665,32 g de maconha, 9 comprimidos de ecstasy e 41 micropontos de LSD).
> 4. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no HC 382.406/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2017, DJe 15/3/2017);
>
> *"HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA

> ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
> [...]
> 3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
> [...]
> *Habeas corpus* denegado."
> (HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Passo à readequação da dosimetria penal:

Fixo a pena-base em **6 anos de reclusão e 600 dias-multa**, diante da valoração negativa da quantidade do entorpecente e da culpabilidade da agente, nos termos dos arts. 59 do Código Penal c.c o 42 da Lei n. 11.343/2006, a qual torno definitiva diante da ausência de atenuantes, agravantes e causas de aumento ou diminuição.

O regime prisional não merece alteração.

Estabelecida a pena em 6 anos de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime fechado é o adequado para a reprovação e prevenção do delito, nos termos dos art. 33, §§ 2º e 3º, do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confiram-se:

> "PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.
> [...]
> 4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.
> 5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e

natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
[...]
7. *Habeas corpus* não conhecido."
(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
[...]
III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.
[...]
*Habeas corpus* não conhecido."
(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para reduzir a pena-base e redimensionar a sanção final da paciente para 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO**
**QUINTA TURMA**

Número Registro: 2019/0181916-7 **HC 517.509 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001841520178260302 00001841520178260598 1841520178260302 1841520178260598 20190000341775 20190000436224 36162017

EM MESA JULGADO: 27/08/2019

**Relator**
Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

| | | |
|---|---|---|
| IMPETRANTE | : | CARLOS HENRIQUE CREDENDIO |
| ADVOGADO | : | CARLOS HENRIQUE CREDENDIO - SP110780 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | MARIANA ANTONIO (PRESO) |
| CORRÉU | : | LUIZ PAULO SOLANO DE LIMA |
| CORRÉU | : | LEONARDO RIBEIRO PETERLINI |
| INTERES. | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.