



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 746087 - SP (2022/0165524-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : WELLINGTON SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA INADEQUADA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. IRRELEVÂNCIA. CONFISSÃO. ATENUANTE. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL – CP. CIRCUNSTÂNCIA NÃO UTILIZADA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O comparecimento dos policiais ao lugar do flagrante foi precedido de alerta de cão farejador, acerca da presença de substâncias entorpecentes no local, onde foi franqueada a entrada pela moradora, mãe do acusado, tendo sido encontrado aproximadamente 5kg de maconha e quase 1kg de cocaína, além de maquinário para fracionamento, pesagem e difusão ilícita da substância entorpecente e um rádio HT, o que denota justa causa para a atuação dos policiais, cujos atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando seus depoimentos se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos.

Para se desconstituir a conclusão da Corte de origem, nos moldes pleiteados pela defesa, seria necessário o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, inviável em *habeas corpus*.

2. Além da quantidade da droga apreendida destaca-se a circunstância do agente praticar o crime durante o período de cumprimento de pena imposta em outro processo, o que também justifica a elevação da pena-base, em razão do menosprezo às decisões judiciais.

3. Condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo de 5 anos previstos no art. 64, inciso I, do CP, constituem fundamento idôneo para valorar negativamente as circunstâncias judiciais. Embora esse período afaste os efeitos da reincidência, não o faz quanto aos maus antecedentes.

4. A versão apresentada pelo réu sobre os fatos que lhe foram imputados não foi utilizada para a formação do convencimento do Magistrado, que se valeu dos demais elementos probatórios colhidos nos autos. Dessa forma, não há falar em aplicação da atenuante da

confissão. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Convocado o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Brasília, 07 de fevereiro de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 746087 - SP (2022/0165524-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : WELLINGTON SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA INADEQUADA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. IRRELEVÂNCIA. CONFISSÃO. ATENUANTE. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL – CP. CIRCUNSTÂNCIA NÃO UTILIZADA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O comparecimento dos policiais ao lugar do flagrante foi precedido de alerta de cão farejador, acerca da presença de substâncias entorpecentes no local, onde foi franqueada a entrada pela moradora, mãe do acusado, tendo sido encontrado aproximadamente 5kg de maconha e quase 1kg de cocaína, além de maquinário para fracionamento, pesagem e difusão ilícita da substância entorpecente e um rádio HT, o que denota justa causa para a atuação dos policiais, cujos atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando seus depoimentos se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos.

Para se desconstituir a conclusão da Corte de origem, nos moldes pleiteados pela defesa, seria necessário o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, inviável em *habeas corpus*.

2. Além da quantidade da droga apreendida destaca-se a circunstância do agente praticar o crime durante o período de cumprimento de pena imposta em outro processo, o que também justifica a elevação da pena-base, em razão do menosprezo às decisões judiciais.

3. Condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo de 5 anos previstos no art. 64, inciso I, do CP, constituem fundamento idôneo para valorar negativamente as circunstâncias judiciais. Embora esse período afaste os efeitos da reincidência, não o faz quanto aos maus antecedentes.

4. A versão apresentada pelo réu sobre os fatos que lhe foram imputados não foi utilizada para a formação do convencimento do Magistrado, que se valeu dos demais elementos probatórios colhidos nos autos. Dessa forma, não há falar em aplicação da atenuante da

confissão. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por WELLINGTON SANTOS contra a decisão que não conheceu do presente *habeas corpus*.

Em suas razões, o patrono reitera a tese de que *“as Instâncias ordinárias impuseram evidente limitação ilegal à liberdade de locomoção do Paciente, ao manterem a condenação, mesmo diante da nulidade do processo desde o início, bem como ao aplicarem as penas em patamares completamente distantes da proporcionalidade, sem qualquer justificativa idônea”* (fl. 215).

Requer, pois, a reconsideração do *decisum* ou o provimento do agravo regimental, para conceder a ordem pleiteada.

É o relatório.

VOTO

Não obstante os esforços da defesa, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o agravante, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação, por ambas as partes, o Tribunal *a quo* deu provimento apenas ao recurso da defesa, reduzindo a reprimenda para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, inicialmente no regime fechado, nos termos do julgamento acostado às fls. 150/166.

A primeira controvérsia diz respeito à legalidade da prisão e apreensão de variadas substâncias entorpecentes, além de radiocomunicador e balança de precisão.

A leitura atenta dos autos revela que o comparecimento dos policiais ao lugar do flagrante foi precedido de alerta de cão farejador, acerca da presença de substâncias entorpecentes no local, onde foi franqueada a entrada pela moradora, mãe do acusado, tendo sido encontrado *“1227 (mil, duzentos e vinte e sete) porções de maconha, com peso líquido de 3075 gramas, 225 (duzentos e vinte e cinco) porções de cocaína, na forma de crack, com peso líquido de 25,45 gramas, 463 (quatrocentos e sessenta e três) eppendorfs contendo cocaína, com peso líquido de 765,77 gramas, 04 (quatro) porções de cocaína, com peso líquido de 90,61 gramas, bem como 02 (dois) tijolos de maconha, com peso líquido de 1888,4 gramas”* (fl. 67), além de maquinário para fracionamento, pesagem e difusão ilícita da substância entorpecente e um rádio HT.

A propósito confirmam-se fragmentos extraídos do voto condutor no acórdão recorrido (fls. 153/154):

“No presente caso, não se evidencia a ilicitude das provas obtidas, por afronta ao direito a inviolabilidade do domicílio.

A entrada dos policiais na residência, conforme constou, foi autorizada, tanto pela genitora, como pelo próprio réu. Ainda, cumpre ressaltar que, no momento dos fatos, os policiais estavam em diligência, sendo indicado pelos cães, a presença de drogas no local, o que levou a averiguação pelos policiais.

Assim a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos da diligência não recomendariam interrupção de continuidade para providência absolutamente prescindível, especialmente, pelo fato de que a diligência policial mostrou dar conta de situação de fato verdadeira, em razão das apreensões feitas.

Cumprе destacar que o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado na modalidade “guardar” é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática do referido verbo nuclear, o que torna legítimo o ingresso na residência sem autorização judicial.

[...]

Desse modo, não se extrai ilegalidade na busca domiciliar realizada pelos policiais militares.”

O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, a indicar estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito. O acórdão está assim ementado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral.

2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.

3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia.

4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o

ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.

5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.

6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

(RE 603616, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-093 Divulg 9/5/2016 Public 10/5/2016).

Assim, "nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (AgRg no HC 653.943/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/6/2021).

A par disso, tem-se que em decorrência do alerta de cão farejador no sentido de que haviam indícios de drogas naquele local, o que foi confirmado pelo encontro de grande quantidade de substância entorpecente e balança de precisão, além da circunstância da entrada dos militares ter sido franqueada pela mãe do acusado, houve sim justa causa para a atuação dos policiais, cujos atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando seus depoimentos se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos.

Nesse contexto, para se acolher a tese da defesa e concluir pela nulidade apontada, desconstituindo os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de todo o conjunto probatório, providência vedada em *habeas corpus*, procedimento de cognição sumária e rito célere.

Ilustrativamente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CASO CONCRETO. ASPECTOS CONCRETOS E MODUS OPERANDI. NECESSÁRIO AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

II - No caso concreto, afastou-se a nulidade da prisão em flagrante, tendo em vista aspectos concretos que permearam os fatos e ensejaram a devida atuação policial para coibir a prática criminosa em curso.

III - Nesse sentido, autorizada a prisão em flagrante pela legislação e jurisprudência pátria, não há falar em situação ilegal. Aqui, a fundada suspeita dos policiais residiu no fato de que havia prévia denúncia anônima sobre a traficância, que restou confirmada pelos policiais, após campana no local, com a apreensão dos entorpecentes.

IV - No mais, importante esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal.

V - Na dosimetria, tem-se que a minorante do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 somente pode ser contemplada a quem não se dedique a atividades criminosas, o que não é o caso do paciente.

VI - A jurisprudência desta eg. Corte Superior consolidou-se no sentido de que as ações penais em curso são fundamentos idôneos para afastar a minorante do tráfico privilegiado, porque evidenciam a dedicação à atividade criminosa, apesar de não servirem para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes em

geral (Súmula n. 444 do STJ).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 684.434/RS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, DJe 5/10/2021).

Quanto às demais irresignações, no que diz respeito à dosimetria da pena, trago à colação fragmentos extraídos do decreto condenatório:

"AUTORIA

A autoria também é certa, diante dos depoimentos claros e consistentes dos policiais.

[...]

O réu, contudo, negou a autoria em seu interrogatório. Disse que estava voltando para casa, quando foi abordado por policiais. Os policiais constaram que ele tinha antecedente pelo crime de tráfico, e exigiram que informasse o local da boca. O réu recusou, e os policiais se dirigiram a sua residência. Lá, nada encontraram. Afirmou que "algumas vizinhas" viram a abordagem, mas não conseguiu arrolá-las como testemunhas.

Contudo, apesar das alegações do réu, nada indica que os policiais tinham o propósito subalterno de incriminar gratuitamente uma pessoa inocente, e forjar um flagrante de tráfico. Aliás, a própria forma como os fatos ocorreram leva a crer que o réu se propôs a praticar o delito de tráfico.

Individualização da Pena

De rigor, assim, a condenação no crime de tráfico de drogas o artigo 33, caput, da Lei 11.343/06). Passo a dosar as penas que ao réu serão impostas, conforme o sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal.

Ao crime do art. 33, caput, da Lei 11/343/06, são cominadas, em abstrato, as penas de reclusão, de cinco a 15 anos, e multa.

Para a dosimetria, parte-se, portanto, da pena mínima de 5 ano de reclusão e 500 dias multa (art. 49 do Código Penal).

Na primeira fase da dosimetria, reconheço maus antecedentes, colhidos dos autos n. 0022550-58.2008.8.26.0050 (fl. 31). Também as circunstâncias do delito também devem ser valoradas negativamente, pois foi cometido enquanto o réu cumpria pena no regime aberto. Nesse sentido "o fato do agente praticar crime durante o período de cumprimento de pena imposta em outro processo, no regime aberto, justifica a elevação da pena-base, em razão da reprovabilidade da conduta e do menosprezo às decisões judiciais. Precedentes." (STJ. AgRg no AREsp 1800421/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 24/09/2021) Verifico que a natureza das drogas (crack e cocaína) apreendidas justifica uma exasperação da pena base por, estarem elas entre as mais nocivas à saúde humana. Também a quantidade de droga excede à normalidade das apreensões nesta comarca, tendo sido

apreendida cerca de 5kg de maconha, e quase 1kg de cocaína. Assim, Para cada circunstância judicial valorada negativamente, elevo a pena mínima em 1/6. Havendo quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base em 8 ano(s), 4 mês(es) e 0 dia(s) de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, em vista da certidão de fls. 31-33, incide a agravante genérica da reincidência, prevista no art. 61, inc. I, do Código Penal, em função da condenação anterior, transitada em julgada, por crime de tráfico de drogas (processo n.º 0091941-27.2013.8.26.0050).

Contudo, afasto a agravante do artigo 61, inciso II, alínea “j”, do Código Penal, cuja aplicação pleiteia o Ministério Público, por ter sido o delito praticado durante vigência do estado de calamidade decorrente da pandemia de COVID-19.

[...]

Assim, por falta de elementos concretos que indiquem que a pandemia favoreceu cometimento do delito em julgamento, impossível o reconhecimento da agravante.

Portanto, diante da reincidência, agravo a pena e fixo a pena-provisória em 9 ano(s), 8 mês(es) e 20 dia(s) de reclusão.

Na terceira fase da dosimetria, inviável se reconhecer o privilégio do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, por se tratar de réu reincidente.

Torno definitiva a pena anteriormente dosada, por não concorrerem causas de diminuição ou de aumento de pena."

ACÓRDÃO (fls. 160/166):

"Na primeira fase, atenta aos ditames do artigo 59, do Código Penal e ao disposto no artigo 42, da Lei Especial notadamente os maus antecedentes (fls.

31), a natureza das drogas encontradas em poder do acusado, de grande poder degenerador da personalidade, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública de elevada nocividade à saúde pública e a quantidade -, a pena-base foi fixada, com benevolência, 1/6 acima do mínimo legal, em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, ausente recurso ministerial.

Constatado o equívoco no cálculo da dosimetria e aplicando-se o percentual estabelecido pelo MM. Juízo a quo 1/6, obtém-se a pena a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias- multa.

Nesse ponto, convém sublinhar que: "A alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefasta mercancia acarreta à saúde pública" (TJRS AC 687055624 Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda RJTJRS 130/154), in HC nº 2023748-42.2014.8.26.0000 1ª Vara Criminal da

Comarca de Mogi das Cruzes -, Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. TOLOZA NETO, em 13.05.2014).

Já foi destacado, em v. acórdão, “segundo especialistas, o crack é 'cinco vezes mais potente que a própria cocaína e produz dependência com muita

facilidade e quase imediatamente após seu primeiro ou segundo uso... Os efeitos produzidos ao usuário são basicamente iguais ao da cocaína, porém muito mais intensos...” (João Gaspar Rodrigues, Tóxicos, Bookseller, 2001, p. 63)” (RT 838/571).

Aquele que se dedica à espúria difusão do vício em droga de tamanha nocividade, em tese, demonstra personalidade malformada, sem a mínima sensibilidade social.

[...]

Destaca-se que condenação anterior transitada em julgado, alcançada pelo prazo de 5 anos, deve ser reconhecida como maus antecedentes, sendo, portanto, fundamento idôneo para se fixar a pena-base acima do mínimo legal.

[...]

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento da pena-base, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantido o aumento na fração procedida.

Na segunda fase, incidente a circunstância agravante da reincidência específica (fls. 31/33), a reprimenda foi acrescida de 1/6, perfazendo 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Neste ponto, ausente demonstração de que a prática do tráfico foi facilitada porque ocorrida durante a pandemia do novo coronavírus, não se há falar em reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “j”, do Código Penal.

[...]

De modo que, não há como ser acolhido o pleito Ministerial, que se mantém afastado, como considerado pela r. sentença.

No tocante a atenuante da confissão espontânea, além de absolutamente prescindível para o desate condenatório, em razão da solidez da prova incriminadora produzida sob o crivo do contraditório, bem revela hábil manejo de autodefesa para tentada incidência da atenuante genérica do art. 65, III, “d”, do Código Penal.

Assim, por não completa o réu, silente na fase policial, em juízo, negou a prática delitiva - e espontânea, desacompanhada de arrependimento, não permite a diminuição da pena pela atenuante do art. 65, III, “d”, do Código Penal.

[...]

Dessa forma, fica mantida a reprimenda como lançada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, torna-se a pena definitiva tal como

fixada na fase anterior.

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou vedada por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, assemelhado ao hediondo, na forma da Lei nº 11.464/2007, independentemente da quantidade de pena fixada."

Na hipótese dos autos, não se mostra excessivo, desarrazoado ou desproporcional o aumento da reprimenda, na primeira fase da dosimetria do crime de tráfico, considerando-se que o réu ostenta maus antecedentes e foi preso na posse de quantidade considerável de variadas substâncias entorpecentes com alto poder destrutivo e cuja dependência cresce em alta escala.

Ressalto que a *"exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada a elementos concretos"* (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016), como na hipótese dos autos. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. NÃO ADOÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICOS PUROS PELO JULGADOR. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA.

I - Conforme consignado no decisum reprochado, a jurisprudência desta eg. Corte Superior de Justiça entende que, "[n]a fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas." (AgRg no AREsp n. 585.375/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27/03/2017).

II - Não se há falar em desproporcionalidade no quantum de exasperação da pena-base, pois, conforme jurisprudência pacífica desta eg. Corte Superior, "A aplicação da pena, na primeira fase, não se submete a critério matemático, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada do juiz. Precedentes." (AgRg no REsp n. 1.785.739/PA, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/06/2019).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1822341/SE, Rel. Ministro FELIX

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O julgamento monocrático não ofende o princípio da colegialidade, considerando ainda que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, permite assim que a matéria seja apreciada pela Turma.

2. O Tribunal de origem justificou concretamente a fixação da fração utilizada na pena-base para majorá-la, destacando a quantidade, variedade e natureza das substâncias apreendidas, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e com o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça - STJ, não havendo que se rever o quantum fixado. Registro que os três agentes foram presos em flagrante com 60 porções de cocaína - 35,4 g; 71 porções de crack e 12,6 g; e 76 porções de maconha - 255,3 g.

3. A confissão parcial não utilizada para fins de formação da convicção do julgador. A certeza do tráfico foi aferível pela quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, aliada aos inexoráveis dizeres dos agentes públicos, os quais visualizaram a prática delito, elementos que se mostram suficientes à procedência da condenação. Inviável, pois, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 626.728/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 14/5/2021).

Ademais, foram arrolados elementos concretos para elevação da reprimenda, não havendo falar em ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois a circunstância do agente praticar crime durante o período de cumprimento de pena imposta em outro processo, justifica a elevação da pena-base, em razão do menosprezo às decisões judiciais.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. REDUÇÃO PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. DELITO COMETIDO DURANTE SAÍDA TEMPORÁRIA. CULPABILIDADE EXARCEBADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de

poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. Com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior à 1/6 se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e/ou natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

4. O fato de o delito ter sido praticado durante o gozo de saída temporária justifica a exasperação da pena-base.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 686.320/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 16/11/2021).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CRIME PRATICADO ENQUANTO O RÉU CUMPRIA PENA NO REGIME ABERTO POR OUTRO DELITO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

4. Na espécie, a instância de origem estabeleceu a reprimenda básica acima do mínimo legal, considerando desfavorável a circunstância judicial relativa à culpabilidade, tendo em vista que o paciente praticou o crime de tráfico de drogas durante o período de cumprimento de pena em regime aberto imposta em outro processo. Tal fundamentação se mostra adequada para a exasperação da pena-base, pois anuncia o maior grau de reprovabilidade da conduta do acusado, bem como o menosprezo especial ao bem jurídico violado. Precedentes.

(...)

(HC 639.208/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 4/3/2021).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE MAJORADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CULPABILIDADE. RÉU COMETEU O DELITO ENQUANTO CUMPRIA PENA EM REGIME ABERTO PELA PRÁTICA DE OUTRO CRIME. NATUREZA E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO ARGUIDO TÃO SOMENTE NAS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. As instâncias ordinárias sopesaram negativamente a culpabilidade pelo fato de ter o recorrente cometido o crime enquanto cumpria pena em regime aberto pela prática de outro delito. Trata-se, indubitavelmente, de circunstância que indica maior reprovabilidade da conduta, porquanto atesta a total imunidade de réu ao caráter preventivo individual negativo da pena, bem como a indiferença com as decisões judiciais.

(...)

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1490583/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/9/2019).

Noutro enfoque, a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que, *"para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade"* (AgRg no HC 560.442/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2021).

Por fim, verifico que a versão apresentada pelo réu, quanto aos fatos a ele imputados, não foi utilizada para a formação do convencimento do Magistrado, que fundamentou o decreto condenatório nos demais elementos probatórios colhidos nos autos. Dessa forma, não há falar em aplicação da atenuante da confissão espontânea. Nesse diapasão:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA QUE EXCEDE O TIPO PENAL. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DESCABIMENTO. ATENUANTE NÃO UTILIZADA PARA LASTREAR O DECRETO CONDENATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - o col. Supremo Tribunal Federal tem entendido que *"a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada"* (HC n. 137.769/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em

24/10/2016).

II - O Pretório Excelso também entende não ser possível para as instâncias superiores reexaminar o acervo probatório para a revisão da dosimetria, exceto em circunstâncias excepcionais, uma vez que, ordinariamente, a atividade dos Tribunais Superiores, em geral, deve circunscrever-se "ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades" (HC n. 128.446/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 15/9/2015).

III - Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que a via do writ e de seu recurso ordinário somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas 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" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

IV - Na hipótese, verifico que o aumento da pena em razão da culpabilidade está, de fato, fundamentado, tendo em vista que a apreciação negativa de tal vetor revela que a conduta praticada pelo agente ultrapassa as características ínsitas ao tipo. O d. juízo sentenciante destacou a alta culpabilidade do paciente porquanto "além de agredir fisicamente pessoas mais vulneráveis, seja em razão de força física inferior, seja em razão da tenra idade, ainda promovia verdadeiro estado de terrorismo no ambiente familiar, ameaçando de morte a ex-companheira", conforme consignado no édito condenatório. Adequada a negativação da culpabilidade, tendo em vista que a reprovabilidade do fato ultrapassa o previsto no tipo penal, a evidenciar a maior censurabilidade da conduta do agente. Precedentes.

V - Não há que se falar na ocorrência de bis in idem, ante a existência de múltiplos fatores elencados pelo d. juízo sentenciante para agravar a culpabilidade do paciente, como agressões à ex-companheira, que é fisicamente mais vulnerável, e ao verdadeiro estado de terrorismo no ambiente familiar, ameaçando de morte a ex-companheira, o que não se confunde com a agravante genérica do art. 61, inciso II alínea h, do Código Penal, que incide no caso em razão de o crime ter sido cometido contra criança. Precedentes.

VI - Inviável a aplicação da atenuante confissão espontânea, tendo em vista que in casu, a confissão do paciente não foi utilizada para lastrear a condenação. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 488.373/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/3/2019).

Desse modo, inexistente flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0165524-5

**AgRg no
HC 746.087 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15014086420218260535 21423882021

EM MESA

JULGADO: 07/02/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON SANTOS (PRESO)
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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : WELLINGTON SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Convocado o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).