



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no HABEAS CORPUS Nº 484.111 - SP (2018/0334127-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : TIAGO DOS SANTOS CARVALHO (PRESO)
ADVOGADO : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ E OUTRO(S) - SP285379
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. NÃO CONHECIMENTO. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. FUNDADA SUSPEITA. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU DA AUTORIZAÇÃO DO MORADOR PARA O INGRESSO NA RESIDÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, se há fundada suspeita, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

3. No caso, os policiais abordaram indivíduo na via pública em atividade duvidosa, sem documentos e que não sabia responder perguntas básicas, que apontou como lugar de moradia uma construção inacabada, o que gerou a fundada suspeita de um comportamento ilícito. Havendo informações de vizinhos do real endereço do abordado, o ingresso na residência estava motivado, independentemente de mandado judicial. No local, houve a prisão em flagrante do paciente e demais corréus com grande quantidade de drogas.

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUMENTO PROPORCIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS FUNDAMENTADO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE DE SANÇÃO QUE IMPEDE A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. DESPROVIMENTO DA INSURGÊNCIA.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. A instância de origem, atuando em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, considerou a quantidade e a natureza das drogas apreendidas para elevar a reprimenda básica do réu em 1/3 (um terço), aumento que não se afigura arbitrário, excessivo, desarrazoado ou desproporcional. Precedentes.

3. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

4. Na hipótese, observa-se que as instâncias de origem, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias em que o acusado foi preso em flagrante, constataram que se dedicava à prática de ilícitos, encontrando-se justificada, assim, a negativa de aplicação da causa de diminuição em testilha.

5. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que não configura indevido *bis in idem* a aferição desfavorável da quantidade de drogas na primeira etapa da dosimetria, e a sua menção, associada a outros elementos concretos, na terceira fase para demonstrar a dedicação do réu a atividades criminosas. Precedentes.

6. Mantida a condenação do paciente em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, é impossível a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, ante o não atendimento do requisito objetivo previsto no artigo 44 do Código Penal.

7. A quantidade e a diversidade de entorpecentes encontrados com os réus justifica a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

8. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no HABEAS CORPUS Nº 484.111 - SP (2018/0334127-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : TIAGO DOS SANTOS CARVALHO (PRESO)
ADVOGADO : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ E OUTRO(S) - SP285379
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu liminarmente o *mandamus* ante a sua manifesta inadmissibilidade.

Reitera o agravante que as provas decorrentes do flagrante seriam ilícitas, pois obtidas mediante violação de domicílio.

Afirma que não haveria suspeitas de que estaria praticando algum ilícito, o que impediria o ingresso dos agentes na sua residência sem mandado.

Alega que o aumento da pena-base em 1 (um) ano e 8 (oito) meses em razão da quantidade e natureza da droga apreendida seria desproporcional.

Afirma que faria jus à causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo.

Entendem que a quantidade de entorpecente arrecadado não comprovaria a sua dedicação a atividades criminosas, e que a sua utilização na primeira e na terceira fases da dosimetria configuraria indevido *bis in idem*.

Aduz que, com a redução da sanção, o regime de cumprimento deveria ser alterado para o aberto, substituindo-se a reprimenda reclusiva por restritivas de direito.

Requer o provimento da insurgência para que o *writ* seja processado e julgado, concedendo-se a ordem postulada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no HABEAS CORPUS Nº 484.111 - SP (2018/0334127-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, tendo em vista que a decisão impugnada foi publicada aos 17.12.2018 (e-STJ fl. 51132), cumpre atestar a tempestividade da insurgência, pois interposta no dia 18.12.2018 (e-STJ fl. 1136), ou seja, dentro do prazo previsto no artigo 258, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

No mérito, não obstante as razões declinadas pelo agravante, a decisão monocrática deve ser mantida.

Isso porque, tal como consignado no pronunciamento judicial objurgado, a via eleita para a impetração contra o ato apontado como coator é inadequada, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Ainda que superado o referido óbice, extrai-se da denúncia que policiais militares realizaram uma abordagem em um indivíduo que trafegava em uma motocicleta, o qual forneceu informações pessoais contraditórias, razão pela qual pediram para que ele os conduzisse até sua residência, local em que nada de ilícito foi encontrado (e-STJ fl. 32).

Contudo, quando os agentes se preparavam para deixar o local, um transeunte afirmou que o referido motociclista havia residido na casa do numeral 278, razão pela qual decidiram vistoriar o imóvel, momento em que surpreenderam o paciente e demais acusados em seu interior, embalando e preparando cocaína para posterior comercialização (e-STJ fl. 32).

As as cápsulas contendo cocaína eram acondicionadas em saquinhos plásticos em porções de 15 (quinze) unidades, localizando-se, na casa, 1.629 (mil seiscentas e vinte e nove) cápsulas plásticas contendo cocaína, 1 (uma) balança de precisão e demais objetos utilizados para a separação e preparação de drogas (e-STJ fl. 32).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em frente à residência, de propriedade do ora paciente, estavam estacionados 2 (dois) veículos, sendo um deles a ele pertencente, ao passo que o outro era do corréu José Roberto, localizando-se, no primeiro, cerca de 110 (cento e dez) cápsulas vazias e, no segundo, duas munições de calibre .38, além de aproximadamente 2.000 cápsulas vazias (e-STJ fl. 32).

Feitos tais esclarecimentos, não se verifica qualquer irregularidade no fato de os policiais haverem ingressado na residência do paciente sem prévio mandado judicial, pois foi acusado de praticar o crime de tráfico na modalidade ter em depósito, estando-se diante de ilícito de natureza permanente.

Nas infrações penais permanentes a prisão em flagrante pode se dar a qualquer momento, enquanto perdurar a consumação, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal, que preceitua que *"nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência"*.

A desnecessidade de mandado de busca e apreensão quando se trata de situação de flagrante delito é amplamente admitida pela doutrina:

"A Constituição Federal de 1988, como visto, estabelece a inviolabilidade do domicílio, com o que alguém somente poderá nele adentrar, sem o consentimento do morador, para prestar socorro ou em situação de flagrante delito.

E que não haja dúvidas: a autorização constitucional para o ingresso em residência durante a situação de flagrante delito prevalece em razão do risco aos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade de quem seja o proprietário ou morador da residência. Assim, ainda que o delito no interior da residência esteja sendo praticado pelo seu proprietário, qualquer pessoa do povo está autorizada a ingressar na casa para a proteção dos aludidos bens (vida, liberdade sexual, patrimônio, etc.). Evidentemente, a prova assim obtida nada terá de ilícita, quer quanto à sua obtenção, quer quanto à sua produção e valoração no processo.

Nada terá de ilícita por uma razão bem simples: o Direito, salvo raras exceções, não protege as ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico. De outro modo, o Direito não protege as violações praticadas contra ele mesmo (Direito).

À evidência, ninguém poderá argumentar, no interior de sua residência, que tem o direito de ali estuprar ou matar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pessoa de sua preferência, por se encontrar supostamente protegido pela inviolabilidade do domicílio. Esta inviolabilidade existe e somente existirá na medida e nos limites em que o seu titular estiver no exercício de seu legítimo direito (à intimidade, à privacidade, por exemplo).

Do mesmo modo, pelo fato de existir norma penal incriminadora da conduta de manter em depósito substância entorpecente (Lei nº 11.343/06), essa mesma pessoa não poderá alegar o seu direito à inviolabilidade do domicílio, em razão de não se encontrar no exercício de qualquer um dos seus direitos individuais. Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional." (Curso de Processo Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 317/318).

Idêntica orientação foi firmada pelo Excelso Pretório em recurso submetido ao regime de repercussão geral, ocasião em que se fixou a compreensão de que a entrada forçada em domicílio 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.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

Assim, tendo os policiais abordado indivíduo em atitude suspeita, e havendo a informação de que havia residido no imóvel em que realizado o flagrante, inexistia qualquer ilegalidade no fato de os agentes haverem se dirigido ao aludido imóvel e lá ingressado, oportunidade em flagraram o paciente e demais corréus com considerável volume de substância entorpecente, o que afasta a mácula suscitada na impetração.

Irretocável, no ponto, o aresto objurgado, que assentou que "*a diligência teve por início a abordagem de Rubens Alves de Melo Junior, porque pilotava uma moto ostentando placa de Minas Gerais*", e, "*em razão de seu comportamento suspeito - não portava documentos nem sabia responder perguntas básicas que lhe foram formuladas - os policiais decidiram averiguar o endereço de sua moradia*", local em que havia um imóvel em construção, circunstâncias que "*despertaram a suspeita acerca da ocorrência de um ilícito, desconfiança esta que somente foi reforçada com a informação do proprietário Rubens Domingues de que o motociclista Rubens Alves já havia residido naquelas imediações, mas não mais morava lá, o que motivou o ingresso no local dos fatos e a apreensão de grande quantidade de drogas*" (e-STJ fl. 1057).

No tocante à almejada redução da pena-base cominada ao paciente, extrai-se da sentença condenatória que foi elevada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses em razão da grande quantidade - 1.442,41 kg de cocaína - e natureza do entorpecente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendido (e-STJ fl. 874), o que foi mantido pela autoridade impetrada (e-STJ fls. 1076/1077).

Como é cediço, a aplicação da pena-base é o momento no qual o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de reprimenda a ser aplicada ao condenado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crimes previstos na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o magistrado deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No caso dos autos, observa-se que a instância de origem, atuando em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, considerou a **quantidade** e a **natureza** das drogas apreendidas para elevar a reprimenda básica do réu em 1/3 (um terço), aumento que não se afigura arbitrário, excessivo, desarrazoado ou desproporcional, consoante vem decidindo desta Corte Superior de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS E QUANTIA DE INSUMOS PARA O PREPARO DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. 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.

3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e 59 do CP, considerou a quantidade e a natureza das drogas - 2 kg de cocaína (parte a granel e parte dividida em 129 microtubos), 26 porções de crack e 8 de maconha -, bem como a apreensão de material para o embalo e preparação dos entorpecentes para fixar a pena-base em 2 anos e 6 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

(...)

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, redimensionando a sanção final para 6 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 625 dias-multa, em regime inicial fechado.

(HC 433.722/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 22/05/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...) AUMENTO DA PENA-BASE. FUNDAMENTO CONCRETO. DISCRICIONARIEDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. (...) AGRAVO IMPROVIDO EM PARTE. EXECUÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE.

(...)

2. Não se demonstra excessiva, desarrazoada ou ilegal a exasperação da pena-base em 2 anos e 6 meses pela valoração das vetoriais negativas dos antecedentes, da diversidade e quantidade de drogas apreendidas - quase meio quilo de crack e pequenas porções de cocaína e maconha -, aplicado dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

(...)

5. Agravo regimental conhecido em parte e, nesta extensão, improvido e deferida a execução antecipada da pena, delegando-se ao Tribunal local a execução dos atos.

(AgRg no AREsp 787.796/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017)

No tocante à almejada aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do artigo 33 da Lei de Drogas, verifica-se que não foi reconhecida pelo togado sentenciante (e-STJ fls. 874/875), o que foi mantido pela Corte Estadual porque "*a quantidade dos entorpecentes apreendida (cerca de 4.500 porções), aliada às demais circunstâncias que envolveram o delito (apreensão de balança de precisão, saquinhos plásticos e mais de 2.110 pinos vazios próprios para o acondicionamento de drogas), demonstra que o acusado, de fato, se dedicava às atividades criminosas*" (e-STJ fl. 1077).

Como se sabe, o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; **c) não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

Na hipótese, observa-se que as instâncias de origem, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias em que o acusado foi preso em flagrante, constataram que se dedicava à prática de ilícitos, encontrando-se justificada, assim, a negativa de aplicação da causa de diminuição em testilha.

Quanto ao ponto, não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal, no ARE 666.334/AM, julgado sob o regime da repercussão geral, decidiu que a quantidade das drogas não pode ser adotada para agravar a reprimenda básica e para obstar a incidência do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

No entanto, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que não configura indevido *bis in idem* a sua aferição desfavorável na primeira etapa da dosimetria, e a sua menção, associada a outros elementos concretos, na terceira fase para demonstrar a dedicação do réu a atividades criminosas, exatamente como na espécie.

Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS (...) QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE PARA AUMENTO DA PENA-BASE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA NA TERCEIRA FASE PARA AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. BIS IN



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IDEM NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

IV - De igual modo, também seria necessário aprofundado reexame do conjunto fático probatório a análise da tese de que o paciente faria jus a aplicação da redutora do tráfico privilegiado, constante do do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sendo inviável sua análise em razão dos limites impostos à via mandamental. Em todo caso, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na dedicação à atividade criminosa, nos seguintes termos: "[...] não se destina aos acusados a previsão daquele redutor, já que não se confundem com o neófito ou aquele que eventualmente comercializa entorpecente, ou mesmo com os chamados "mulas" ou "aviões", premidos por condição financeira precária, quase sempre se entregando à distribuição de entorpecente em função de dependência química" (fl. 651).

V - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o bis in idem quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.

VI - Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem.

VII - A col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

VIII - A pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com base na quantidade e variedade da droga apreendida, qual seja, 91,25 kg de pasta base de cocaína e 33,45 kg de cocaína (fl. 22), fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/06. Por outro lado, houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada não só na quantidade e variedade de drogas, mas também nas demais circunstâncias em que ocorreu a apreensão dos entorpecentes, ou seja, a forma acondicionamento e transporte das drogas, tudo evidenciando que o acusado se dedicava a atividades criminosas.

IX - A majoração da pena-base está fundada na quantidade e variedade de drogas apreendidas, ao passo que a negativa de minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 467.850/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE EXASPERADA PELA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM BASE NA DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO BASEADO NA NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. Na hipótese, a pena-base do acusado afastou-se do mínimo legal devido à natureza do entorpecente apreendido.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. 3. No caso dos autos, a Corte local, mediante aprofundado exame do acervo fático-probatório dos autos, manteve o acórdão que reformou a sentença para excluir a benesse por entender que o recorrente se dedicava à atividade criminosa em razão da quantidade de drogas (770,67g de cocaína), que, aliada às demais circunstâncias que envolveram o delito - apreensão de uma balança de precisão, uma faca, uma tesoura, uma colher e diversas sacolinhas plásticas comumente utilizadas para embalar drogas - evidencia a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, embasaram o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em virtude da natureza das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do recorrente a atividades criminosas, que restou evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, com destaque para a expressiva quantidade de entorpecente apreendido.

(...)

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 1222516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉ QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.
(...)

4. 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.

5. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantia, na espécie e na diversidade das substâncias apreendidas, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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.

Precedentes.

6. Esta Corte tem posicionamento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

7. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena superior a 4 e não excedente a 8 anos, em razão da aferição negativa de circunstâncias judiciais, a teor do art. 33, §§ 2º e 3º, "a", do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 458.591/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 23/10/2018)

Por outro lado, mantida a condenação do paciente em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, é impossível a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, ante o não atendimento do requisito objetivo previsto no artigo 44 do Código Penal.

Finalmente, não há como se alterar o modo inicial de execução, pois a elevada quantidade e a natureza do entorpecente com ele apreendido impõe a manutenção do modo mais gravoso, consoante vem decidindo esta Corte Superior de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTO CONCRETO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O regime inicial fechado, foi devidamente fundamento na dedicação à atividade criminosa, evidenciada pela quantidade e natureza do entorpecente apreendido - 288 gramas de cocaína.
(...)

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 466.032/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PEDIDO PREJUDICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
(...)

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os Enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos autos, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida, tendo sido negada, inclusive, a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas). Dessa forma, em razão desses fundamentos e da reprimenda corporal ter sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, correta a fixação do regime mais gravoso, no caso o fechado, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

4. Mantida a pena final em patamar superior a 4 anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, afinal, o paciente não preencheu o requisito objetivo para alcançar o benefício.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 469.267/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 28/11/2018)

PENAL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGAS. MODO FECHADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. In casu, embora a acusada seja primária e a pena definitiva tenha sido estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada) mostra-se adequado à espécie, em razão da valoração negativa de circunstância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judicial na primeira etapa da dosimetria (quantidade da droga apreendida: 140 petecas de pasta de cocaína, pesando 113,200g), nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, do CP. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 1322173/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0334127-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no HC 484.111 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001913120168260569 00061329820178260286 1913120168260569
20397837220178260000 61329820178260286 6912016

EM MESA

JULGADO: 07/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRE RICARDO DE LIMA DEVIDE E OUTRO
ADVOGADOS : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ - SP285379
MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO DOS SANTOS CARVALHO (PRESO)
CORRÉU : JOSE ROBERTO DA SILVA
CORRÉU : MARCOS ANDRE BERTOZO SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TIAGO DOS SANTOS CARVALHO (PRESO)
ADVOGADO : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ E OUTRO(S) - SP285379
AGRAVADO : 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.