



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 504.137 - SP (2019/0104696-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO  
**ADVOGADO** : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO - SP031199  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : WESLEY RAFAEL FERREIRA MACHADO (PRESO)

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS (**COCAÍNA, CRACK E MACONHA**). POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. **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 a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, **o que não ocorreu no presente caso.**

III - Afastar a condenação, em razão do depoimento dos agentes, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do **habeas corpus**, que não admite dilação probatória.

IV - As instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, considerou mormente a **natureza, a quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos (cocaína, crack e maconha)** com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do **writ**.

V - *"A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"*** (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 6/5/2015).

**Habeas corpus** não conhecido.

### 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.

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

Brasília (DF), 14 de maio de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 504.137 - SP (2019/0104696-0)**

IMPETRANTE : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO  
ADVOGADO : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO - SP031199  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : WESLEY RAFAEL FERREIRA MACHADO (PRESO)

### RELATÓRIO

**EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de WESLEY RAFAEL FERREIRA MACHADO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0055331-21.2017.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 3, **caput**, da Lei n.º 11.343/06 (fls. 35-41).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

*"Tráfico de entorpecentes Prisão em flagrante Apreensão de diversas porções de maconha, crack e cocaína em local conhecido como ponto de tráfico Depoimentos dos policiais seguros, coerentes e sem desmentidos Ausência de motivos para duvidar da lisura dessas palavras Responsabilidade do acusado comprovada Condenação mantida;*

*Tráfico de entorpecentes Apreensão de diversas porções de maconha e cocaína (em pó e sob a forma de crack) Natureza, quantidade e diversidade das drogas Art. 42 da Lei de Drogas Redução da pena base Impossibilidade;*

*Tráfico de entorpecentes Regime mais brando Réu reincidente Não cabimento Recurso improvido" (fl. 28).*

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na condenação do paciente em razão do notável desprezo na aplicação do princípio do **in dubio pro reo**. Sustenta que foi adotado a teoria de escolha das palavras



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos policiais, desprezando a prova das testemunhas que estavam no local no dia dos fatos, apenas por ser o réu reincidente.

Assevera, ainda, que houve constrangimento ilegal no aumento operado na primeira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza da droga apreendida

Requer, assim, a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido com base no princípio do **in dubio pro reo**. Subsidiariamente, pleiteia a revisão da dosimetria para que seja excluído o aumento na fração de 1/5 em razão da quantidade de droga apreendida.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 102-104.

Informações prestadas às fls. 108-109.

O Ministério Público Federal, às fls. 133-135, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO VOLTADA PARA A ABSOLVIÇÃO. IN DUBIO PRO REO. REEXAME DE FATOS E PROVAS INEXEQUÍVEL NA VIA ELEITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. Pela denegação da ordem" (fl. 133).*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 504.137 - SP (2019/0104696-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO  
**ADVOGADO** : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO - SP031199  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : WESLEY RAFAEL FERREIRA MACHADO (PRESO)

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS (**COCAÍNA, CRACK E MACONHA**). POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. **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 a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, **o que não ocorreu no presente caso.**

III - Afastar a condenação, em razão do depoimento dos agentes, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do **habeas corpus**, que não admite dilação probatória.

IV - As instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, considerou mormente a **natureza, a quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos (cocaína, crack e maconha)** com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do **writ**.

V - *"A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"* (AgRg no REsp n. 143.071/AM, **Sexta Turma**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 6/5/2015).

**Habeas corpus** não conhecido.

### VOTO

**EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** 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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Quanto ao pleito de absolvição, as instâncias ordinárias entenderam estarem presentes provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/06. Destacam-se os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, **in verbis**:

*"A materialidade do delito está comprovada pelo laudo toxicológico juntado às fls. 145/146, que constatou que as substâncias apreendidas eram maconha e cocaína (em pó e sob a forma de crack), entorpecentes capazes de causar dependência física e psíquica, enquanto a autoria ficou bem demonstrada pelas provas colhidas nos autos.*

*De fato, o acusado foi preso flagrante quando trazia consigo diversas porções de entorpecente de mais de um tipo (fls. 15/16) ,e ao ser interrogado pela autoridade policial, preferiu manter o silêncio (fls. 10).*

*Entretanto já naquela oportunidade, foi incriminado pelos policiais militares Carlos Roberto da Costa Junior e Vinicius Barros Pereira, que em patrulhamento de rotina por local conhecido como ponto de tráfico avistaram o réu que carregando uma sacola plástica. Ele tentou correr ao avistar a viatura, mas foi alcançado e os policiais localizaram várias porções de entorpecentes de vários tipos naquela sacola (fls. 8/9).*

*Mas não é só.*

*Em juízo, agora sob as garantias do contraditório, a despeito da costumeira negativa, onde o réu disse que estava, na companhia de Gerson Ferreira Gomes e Júlio Cesar dos Santos Rodrigues saindo de um bar, quando todos foram abordados pelos policiais, mas os dois foram liberados, enquanto ele foi injustamente acusado, embora não tivesse nada nas mãos (fls. 179/181), tem-se que a prova oral tornou definitiva sua responsabilidade.*

*Isso porque os policiais militares Vinicius e Carlos, em depoimentos seguros, coerentes e sem desmentidos, reafirmaram que estavam em patrulhamento pelo local, quando viram o acusado na posse de uma sacola e como tentou correr quando percebeu a viatura, acabou abordado.*

*O policial Vinicius disse que ele dispensou aquela sacola, que foi recolhida e continha várias porções de entorpecentes. Já o policial Carlos, esclareceu que como a equipe policial composta por 4 policiais foi dividida durante a abordagem e ele foi para o lado contrário, a fim de cercar o réu, não participou de sua prisão, mas viu quando outros milicianos apresentaram a sacola, cuja propriedade foi atribuída ao réu, ocasião em que ele admitiu a prática do crime de tráfico ( fls. 179/181).*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Essa prova é mais que suficiente para embasar o decreto condenatório.*

*Afinal, como se sabe, a lei não trata o policial como pessoa impedida ou suspeita de prestar depoimento, ao contrário, ele está sujeito ao compromisso de dizer a verdade e às penas do falso testemunho, caso omita ou distorça os fatos. Bem por isso, repita-se, se nada contribui para viciar o depoimento do policial, cumpre dar a ele igual valor ao de qualquer outra testemunha.*

*[...]*

*Vale consignar, de qualquer forma, que pequenas divergências, sobre pontos secundários da prova se o réu admitiu ou não o tráfico no momento da prisão são próprias da natureza da prova oral.*

*Máxime em se tratando de policiais militares, que atendem inúmeras ocorrências, de maneira que é sempre aceitável alguma divergência entre suas palavras.*

*No caso dos autos, repita-se, os depoimentos dos policiais que participaram da diligência não mereceram contrariedade de qualquer outra prova e como nada sugere que dispusessem de tamanha quantidade de drogas de mais de um tipo e tivessem motivos para inventar a falsa, impossível negar valor à única prova direta da autoria.*

*Até porque, as testemunhas de defesa Júlio Cesar e Gerson apenas repetiram a versão do réu, dizendo o primeiro, inclusive, que não viu drogas no local, sugerindo que o policial as trouxe depois da abordagem, porque as teria encontrado em outro lugar (fls. 179/181).*

*Assim, como o acusado foi surpreendido quando trazia consigo diversas porções de drogas de mais de um tipo embaladas individualmente, prontas para a venda, em local conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes, essas circunstâncias indicam com segurança que as substâncias se destinavam à entrega para consumo de terceiros.*

*Indiscutível, então, o acerto do decreto condenatório, resta, analisar a pena imposta.*

*Nesse mister, o que percebe é que a pena base foi estabelecida acima do mínimo legal (1/5), considerando não apenas a natureza das drogas (de alto poder destrutivo), mas também a quantidade e diversidade das drogas apreendidas, nos termos do art. 42, da Lei nº 11.343/06, o que não merece qualquer correção.*

*Em seguida, foi novamente aumentada em 1/6 pela reincidência específica (fls. 121/122), circunstância que justificou não só a exasperação da reprimenda, como também o afastamento da regra prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que tem como requisitos a primariedade e bons antecedentes, hipóteses em que, como se viu, o réu não se encaixa.*

*Finalmente, tratando-se de réu reincidente, o regime imposto pela lei para o cumprimento da reprimenda é o inicial fechado, nos moldes do que foi determinado na r. sentença recorrida, de modo que de nada mais pode reclamar a Defesa.*

*Em suma, o improvimento do recurso é medida que se impõe à correta solução do caso dos autos" (fls. 29-34, grifei).*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse particular, registre-se que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante da paciente constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, **como ocorreu no presente caso.**

Ademais, a condição de as testemunhas serem policiais não retira o valor da prova produzida, porque, como qualquer testemunha, prestam o compromisso e a obrigação de dizer a verdade (CPP, arts. 203 e 206, 1ª parte).

Nestes termos, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, **o que não ocorreu no presente caso.**

Nesse sentido:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DE INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NULIDADE. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTO POLICIAL. PROVA IDÔNEA. COMÉRCIO EFETIVO. PRESCINDIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.*

*2. O pleito referente à ofensa ao princípio de inviolabilidade do domicílio não foi objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede seu conhecimento, diretamente, por esta Corte, sob pena de*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indevida supressão de instância.

3. A pretensão de absolvição do delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 por insuficiência de provas não pode ser apreciada por este Tribunal Superior, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

**4. Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, 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, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.**

5. É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (HC 382.306/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 10/2/2017).

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa" HC n. 404.514/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 12/03/2018, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS PROVAS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHAS POLICIAIS CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCOMPATIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

**2. Não obstante as provas testemunhais advirem de agentes de polícia, a palavra dos investigadores não pode ser afastada de plano por sua simples condição, caso não demonstrados indícios mínimos de interesse em prejudicar o acusado, mormente em hipótese como a dos**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos, em que os depoimentos foram corroborados pelo conteúdo das interceptações telefônicas, pela apreensão dos entorpecentes - 175g de maconha e aproximadamente 100g de cocaína -, bem como pelas versões consideradas pelo acórdão como inverossímeis e permeadas por várias contradições e incoerências apresentadas pelo paciente e demais corréus.

3. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que o depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 393.516/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 30/06/2017, grifei).

**"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. ACESSO DA POLÍCIA ÀS MENSAGENS DE TEXTO TRANSMITIDAS POR TELEFONE CELULAR. AUTORIZAÇÃO DOS RÉUS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO IMPROVIDO.**

1. O acesso da polícia às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular, com a devida autorização dos réus, afasta a ilicitude da prova obtida.

2. O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu na hipótese.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 391.080/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 09/06/2017, grifei).

**Ademais**, as instâncias ordinárias assentaram que as circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante demonstra que o réu estava profundamente envolvida com o tráfico de drogas.

Com efeito, afastar a condenação, em razão do depoimento dos agentes públicos, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do **habeas corpus**, que não admite dilação probatória.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. **A pretensão de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 ou de absolvição não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).**

[...]

8. **Habeas corpus não conhecido**" (HC n. 359.728/RS, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 20/03/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES QUE INDICAM O TRÁFICO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDOS



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSIDIÁRIOS PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

- Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n. 11.343/2006. **Na espécie, tendo a Corte local, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, constatado que os agravantes praticaram o delito de associação para o tráfico, é inviável desconstituir tal premissa em sede de habeas corpus, diante da necessidade de revolvimento fático-probatório, vedado na estreita via do mandamus, de cognição sumária. Precedentes.**

[...]

- Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 420.808/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 08/03/2018, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSEQUÊNCIAS DELITIVAS DESFAVORÁVEIS. EVENTO COPA DO MUNDO NO BRASIL. LOCAL FREQUENTADO POR JOVENS E TURISTAS DURANTE O EVENTO. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ. **Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico restaram plenamente caracterizados. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de absolvição, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.**

[...]

6. Ordem denegada" (HC n. 418.706/SP, **Sexta Turma**, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 14/03/2018, grifei).

A impetrante questiona, **também**, o aumento da pena-base, em razão da





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de droga apreendida (98 supositórios contendo **cocaína**, 72 pedras de **crack** e 23 porções de **maconha**).

Na **hipótese**, que a pena-base do paciente foi exasperada, lastreando-se não apenas na **natureza da droga, mas também a quantidade e diversidade das drogas apreendidas**, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas (e-STJ fl. 34).

Nesse **compasso**, ao contrário do que sustenta a impetrante, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a **natureza** e a **quantidade** da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, **in 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 **presente caso**, as instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, considerou mormente a **natureza, a quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos (cocaína, crack e maconha)** com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do **writ**.

Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que *"A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"* (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015).

In **casu**, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, para a valoração negativa das circunstâncias judiciais, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, **ausente, portanto, notória ilegalidade** a justificar a concessão da ordem de ofício.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

*"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL.*

*1. Na 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.*

*2. Na espécie, a reprimenda de piso acima do mínimo legal, em razão da natureza e a excessiva quantidade do estupefaciente apreendido, encontra-se devidamente justificada e proporcional às especificidades do caso versado. MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉ INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMO TRANSPORTADOR. Integrando a acusada organização criminosa, na qualidade de transportadora da droga, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. A majorante do artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006, em razão da transnacionalidade do delito, pode ser aplicada em conjunto com o artigo 33 da referida norma, porquanto justificada por fundamento diverso, inexistindo bis in idem. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO IMPROVIDO.*

*1. Admite-se a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da quantidade e natureza do entorpecente apreendido.*

*2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 585.375/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27/03/2017).*

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARTIGO 35, C/C O ART. 40, V, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 4 ANOS, 2 MESES E 12 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA COM FOCO EM ABASTECIMENTO DE DIVERSOS PONTOS DE TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E DE*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACORDO COM A PROPORCIONALIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA INTERESTADUALIDADE. APENAS DOIS ESTADOS DA FEDERAÇÃO ENVOLVIDOS. FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 RESTABELECIDO. REGIME PRISIONAL. ABRANDAMENTO. PENA INALTERADA. PEDIDO PREJUDICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de associação para o 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.

- Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que, considerando a valoração desfavorável das circunstâncias do delito, pois foram apreendidos 750 gramas de crack, o afastamento em apenas 6 meses acima do mínimo legal, correspondente à usual fração de 1/6, mostra-se adequado e proporcional à espécie, uma vez que a pena do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 varia de 3 a 10 anos de reclusão.

- Não há se falar em ofensa ao primado do bis in idem, pois, na primeira fase da dosimetria, o acórdão recorrido, ao ratificar a pena imposta pelo sentenciante, destacando o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consignou que a associação visava ao abastecimento de diversos pontos de droga, os quais abrangiam mais de um Estado da federação. Assim, a referência aos Estados envolvidos operou-se apenas para demonstrar a dimensão da conduta da paciente, quando comparada aos pequenos traficantes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir as penas da paciente para 04 anos e 01 mês de reclusão e 933 dias-multa, com extensão do presente decisum ao corréu Claudemar Vrech, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 364.661/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/11/2016).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do writ.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0104696-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 504.137 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00553312120178260050 2017001292 39862017 553312120178260050

EM MESA

JULGADO: 14/05/2019

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO  
ADVOGADO : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO - SP031199  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : WESLEY RAFAEL FERREIRA MACHADO (PRESO)

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."

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