



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.280 - SP (2014/0041679-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : WANDERLEY APARECIDO ROSENDO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO HENRIQUE ELIAS (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. DESVIRTUAMENTO. CRIME PERMANENTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E DE TESTEMUNHA PRESENCIAL DA ATIVIDADE DOS POLICIAIS DURANTE O CUMPRIMENTO DA DILIGÊNCIA. DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. FRAGILIDADE DAS PROVAS. REVOLVIMENTO FÁTICO DOS AUTOS. INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PENA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Legítimo o ingresso de policiais na residência do paciente, mesmo sem sua presença no local, pois havia prévia autorização judicial para busca e apreensão e testemunha presencial durante o cumprimento do mandado.
2. A alegada fragilidade do conteúdo probatório para alicerçar a condenação é matéria estranha ao âmbito de cognição sumária do *habeas corpus*, uma vez que demanda o revolvimento fático dos autos, inviável no meio escolhido.
3. Escorreita a reprimenda imposta no decreto condenatório, no qual a pena-base foi firmada no mínimo legal, aumentada em 1/6, na segunda-fase, em razão da reincidência, e, ao final, mantida inalterada, à mingua de causa de aumento e diminuição de pena.
4. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que esse(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.
5. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois o paciente, além de reincidente, é possuidor de maus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores, com notícias de que pertence a facção criminosa.
6. *Habeas Corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de abril de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.280 - SP (2014/0041679-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : WANDERLEY APARECIDO ROSENDO DE SOUZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LEANDRO HENRIQUE ELIAS (PRESO)

ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

LEANDRO HENRIQUE ELIAS, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo constrangimento ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que, à unanimidade, rejeitou as preliminares de nulidade argúidas e negou provimento à Apelação Criminal n. 0007045-54.2011.8.26.0201.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, por violação do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 201.01.2011.007045-1, da 2ª Vara Judicial da Comarca de Garça/SP).

Irresignada com a condenação, a defesa interpôs Apelação Criminal n. 0007045-54.2011.8.26.0201, tendo o Tribunal de origem, à unanimidade, rejeitado a preliminar de nulidade do *decisum* e negado provimento ao recurso.

Posteriormente, ainda na origem, a defesa impetrou os *Habeas Corpus* n. 0058459-44.2013.8.26.0000 e 0002450-28.2014.8.26.0000, os quais não foram conhecidos.

Neste *writ* manuscrito, infere-se que o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a diligência que culminou na prisão do paciente foi ilegal, pois houve abuso de autoridade por parte dos agentes policiais, que violaram a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio do réu.

E, ao final, pugna pela concessão da ordem, a fim de anular a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, "para que uma nova decisão seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proferida à luz do *in dubio pro reo*", pois não há provas suficientes que ensejem sua condenação.

A liminar não foi por mim apreciada, devido à insuficiência de documentos (fl. 42).

As informações foram prestadas e os autos foram enviados a Defensoria Pública para, nos termos pugnados pelo impetrante (fl. 6), prestar assistência ao paciente.

A Defensoria Pública, a fim de preservar os interesses do paciente, limitou-se a requerer a concessão da ordem, conforme a inicial, para anular a condenação ou diminuir a pena imposta no decreto condenatório. Subsidiariamente, requereu o envio dos presentes autos ao TJ/SP, para autuação e julgamento de pedido de revisão criminal (fl. 100-101).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.280 - SP (2014/0041679-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. DESVIRTUAMENTO. CRIME PERMANENTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E DE TESTEMUNHA PRESENCIAL DA ATIVIDADE DOS POLICIAIS DURANTE O CUMPRIMENTO DA DILIGÊNCIA. DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. FRAGILIDADE DAS PROVAS. REVOLVIMENTO FÁTICO DOS AUTOS. INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PENA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Legítimo o ingresso de policiais na residência do paciente, mesmo sem sua presença no local, pois havia prévia autorização judicial para busca e apreensão e testemunha presencial durante o cumprimento do mandado.
2. A alegada fragilidade do conteúdo probatório para alicerçar a condenação é matéria estranha ao âmbito de cognição sumária do *habeas corpus*, uma vez que demanda o revolvimento fático dos autos, inviável no meio escolhido.
3. Escorreita a reprimenda imposta no decreto condenatório, no qual a pena-base foi firmada no mínimo legal, aumentada em 1/6, na segunda-fase, em razão da reincidência, e, ao final, mantida inalterada, à mingua de causa de aumento e diminuição de pena.
4. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que esse(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.
5. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois o paciente, além de reincidente, é possuidor de maus antecedentes, com notícias de que pertence a facção criminosa.
6. *Habeas Corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **não identifico suficientes razões**, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

I - Da diligência que culminou na prisão do paciente

Dos documentos trazidos à colação, verifico que a ação penal teve início após cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido nos autos do processo n. 806/11, da 2ª Vara da Comarca de Garça/SP, ocasião em que foram apreendidas 16 porções de cocaína, pesando 3,850g, no interior do veículo GM/MONZA, placa BVG-9768, que estava no quintal do imóvel do paciente, que foi preso em flagrante, logo após, na rua Ipê, 440.

Argumenta o impetrante que a diligência que culminou na prisão do paciente foi ilegal, pois houve abuso de autoridade por parte dos agentes policiais, que violaram a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio do réu, que nem mesmo se encontrava no momento do cumprimento da ordem judicial em sua residência. Por conseguinte, alega ilicitude das provas obtidas a partir da medida de busca e apreensão.

A questão ora em análise foi devidamente refutada pelo Juízo singular, por ocasião da sentença condenatória (fl. 15):

[...]

Destarte, o entorpecente foi localizado dentro do veículo do réu, o qual se encontrava estacionado dentro do quintal de sua casa e o fato do réu não se encontrar na sua residência na hora em que os policiais chegaram não atribui qualquer nulidade à diligência e nem afasta o estado flagrancial, até porque, os policiais **cumpriam ordem judicial e o usuário que permanecia no local, testemunhou todas as atividades dos policiais durante a diligência, de forma que não**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

era de se exigir a presença de circunvizinhos para o cumprimento do mandado.

De mais a mais, mesmo que por amor ao argumento se admitisse a preliminar aventada, o certo é que o ato macularia apenas a prisão em si, e não o presente processo, que seguiu estritamente os princípios do contraditório e ampla defesa.

Nesse passo, o fato de a prisão em flagrante ter sido convertida em preventiva também legitima a custódia, não havendo se falar em qualquer vício do ato ou em existência de prova ilícita.

[...]. (Destaquei)

De igual forma, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, remetendo ao judicioso parecer ministerial, rejeitou a preliminar de nulidade pelos seguintes argumentos (fls. 25-34):

A diligência que culminou na prisão do apelante foi judicialmente autorizada. Ainda que assim não fosse, restaria ela autorizada pela natureza permanente do delito que estava sendo perpetrado.

Na hipótese dos autos, a diligência **foi precedida de autorização judicial** e, somente após a constatação da venda de substância entorpecente por parte do apelante e o encontro de outras porções de droga, foi ele encontrado logo após e preso em flagrante delito.

Ademais, ainda que não houvesse prévia autorização judicial para entrada na residência do paciente, não existiria qualquer mácula na diligência policial, porquanto a conduta daquele que tem em depósito substância entorpecente sem autorização legal caracteriza estado de flagrância, o que afasta a exigência de mandado judicial, conforme exceção do art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECEPÇÃO. ALEGADA NULIDADE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO REALIZADA. FLAGRANTE DE CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EIVA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA.

1. O paciente foi acusado da prática de delitos de natureza permanente, quais sejam, tráfico de entorpecentes e receptação na modalidade "ocultar".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a apreensão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina e jurisprudência.

3. Ordem denegada.

(HC 188195/DF, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 28/10/2011)

Assim, mesmo não estando o paciente presente no local da diligência, entendo como **legítima** a atuação dos policiais, visto que havia prévia autorização judicial para ingresso em sua residência e testemunha presencial de toda a atividade dos policiais durante o cumprimento do mandado.

II - Da pretendida aplicação do princípio do *in dubio pro reo*

No que tange à pretendida absolvição do paciente, verifico que o Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação pelo crime de tráfico, salientou que "o depoimento em fase policial do usuário Luis Guilherme foi contundente a atribuir a autoria do tráfico ao réu Leandro. No mesmo sentido, as declarações de outros usuários (fls. 103/109), que afirmaram também ter adquirido drogas dele. Tais circunstâncias se coalizam como o depoimento das testemunhas policiais civis, ouvidas em Juízo (fls. 234/235)." (fls. 19-20). Concluiu, assim, que "a tentativa de desqualificar a prova policial não encontrou qualquer dado que afastasse a natural credibilidade de que gozam tais testemunhas. São agentes do Estado, razão pela qual seus depoimentos devem ser avaliados sob a perspectiva da presunção de credibilidade, a menos que infirmados por outros elementos de convicção" (fl. 20).

O Tribunal de Justiça estadual, por sua vez, entendeu devida a condenação do paciente, e destacou "a apreensão de droga durante a diligência realizada na residência do acusado, em quantidade (dezesseis porções) e forma de acondicionamento (porções individuais), próprias para o fornecimento a terceiros, e os relatos dos insuspeitos policiais que atuaram no caso, dando conta do efetivo exercício da mercancia ilícita" (fl. 30)

Dos trechos anteriormente transcritos, verifico que as instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do paciente pelo crime de tráfico de entorpecentes, sendo certo que a Corte estadual, quando do julgamento da apelação, apresentou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação suficiente e idônea para a manutenção da sentença condenatória quanto ao referido delito.

Por essas razões, mostra-se inviável a absolvição do paciente, sob a alegação de ausência de provas suficientes para concluir-se pela sua condenação, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos.

Ainda que assim não fosse, não se pode olvidar que, para entender-se pela absolvição do paciente, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência que, conforme cediço, é incabível na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

III - Da pena fixada

No que se refere à pena imposta ao paciente, verifico que a reprimenda foi corretamente aplicada e não merece nenhum reparo.

Nos termos da sentença condenatória (fls. 14-23), na primeira fase da dosimetria, **a pena-base foi fixada no mínimo legal**, muito embora tenha o Magistrado de primeiro grau reconhecido que "o réu possui maus antecedentes (fls. 156 e 158-159)".

Na segunda fase, em razão da reincidência, a pena foi elevada em 1/6, passando para 5 anos e 10 meses de reclusão e multa, mantida nesse patamar na terceira etapa de fixação da pena, à mingua de causas de aumento e diminuição da pena.

Ressalto, por oportuno, que, de forma escorreita, o Juiz sentenciante afastou a causa de diminuição prevista no art. 33 da Lei de Tóxicos, em razão dos maus antecedentes do paciente e das notícias de pertencer a facção criminosa.

Com efeito, o escopo da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada Lei federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto do Superior Tribunal: "A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Relator Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14.4.2014).

Por isso mesmo, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes, a não integração em organização criminosa e a não dedicação a atividades delituosas, o que não se aplica à hipótese, pois, como dito alhures, as instâncias de origem consignaram que o paciente, além de ser reincidente, possui maus antecedentes, com notícias nos autos de pertencer a facção criminosa.

Nesse contexto, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão das instâncias ordinárias – tanto pela condenação como por eventual negativa de aplicação da minorante –, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do *habeas corpus*.

Por fim, quanto ao pedido subsidiário formulado pela Defensoria Pública, inviável a remessa dos presentes autos ao TJ/SP, para autuação e julgamento de pedido de revisão criminal em favor do paciente, por impossibilidade do pedido.

IV - Dispositivo

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. E, examinando seu conteúdo, não identifico o apontado constrangimento ilegal que me levaria a conceder a ordem postulada, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0041679-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 289.280 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024502820148260000 00070455420118260201 24502820148260000
70455420118260201 8282011

EM MESA

JULGADO: 14/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WANDERLEY APARECIDO ROSENDO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO HENRIQUE ELIAS (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.