



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 530.121 - SP (2019/0257555-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLEBER WELLINGTON PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. LICITUDE DA PROVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão ou autorização judicial para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal.
3. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.
4. No caso, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que, após chegada ao local para averiguação de "denúncia anônima" recebida de um casal de suposta prática de preparo das substâncias e de tráfico ilícito de entorpecentes, dois indivíduos perceberam a presença dos policiais e correram para dentro do imóvel, momento em que os policiais decidiram ingressar na residência e apreenderam 141 porções de *crack* (42,56g), 138 de cocaína (27,19g) e 111 de maconha (336,87g), além de peneiras, um liquidificador, um rolo de plástico filme e um prato, todos com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resquícios de uma substância na coloração branca.

5. É inviável a apreciação por esta Corte Superior do pleito de reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sob pena de indevida supressão de instância, posto que o tema não foi debatido no Tribunal de origem.

6. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

7. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantidade e na variedade de drogas - 141 porções de *crack* (42,56g), 138 de cocaína (27,19g) e 111 de maconha (336,87g) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos (apreensão de petrechos utilizados para preparo e individualização da substância), que o 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*.

8. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

9. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

10. *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 Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 530.121 - SP (2019/0257555-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLEBER WELLINGTON PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **KLEBER WELLINGTON PEREIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *habeas corpus*, sustenta o impetrante, preliminarmente, a invalidade das provas obtidas na residência do réu, sem o devido mandado judicial.

Salienta que a confissão do paciente, ainda que parcial, fundamentou sua condenação, razão pela qual deve incidir a atenuante respectiva, nos termo da Súmula 545 do STJ.

Afirma que a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos não são suficientes para justificar o afastamento da redutora do tráfico privilegiado, sobretudo quando já foram aferidas na primeira etapa da dosimetria, o que configura indevido *bis in idem*.

Requer, assim, seja declarada nula a prova da materialidade delitiva, absolvendo-se o paciente pelo delito de tráfico de drogas. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação da atenuante de confissão espontânea e do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, e consequentemente o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do writ (e-STJ, fls. 775-780).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 530.121 - SP (2019/0257555-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLEBER WELLINGTON PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. LICITUDE DA PROVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão ou autorização judicial para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal.

3. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

4. No caso, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que, após chegada ao local para averiguação de "denúncia anônima" recebida de um casal de suposta prática de preparo das substâncias e de tráfico ilícito de entorpecentes, dois indivíduos perceberam a presença dos policiais e correram para dentro do imóvel, momento em que os policiais decidiram ingressar na residência e apreenderam 141 porções de *crack* (42,56g), 138 de cocaína (27,19g) e 111 de maconha (336,87g), além de peneiras, um liquidificador, um rolo de plástico filme e um prato, todos com resquícios de uma substância na coloração branca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. É inviável a apreciação por esta Corte Superior do pleito de reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sob pena de indevida supressão de instância, posto que o tema não foi debatido no Tribunal de origem.
6. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
7. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantidade e na variedade de drogas - 141 porções de *crack* (42,56g), 138 de cocaína (27,19g) e 111 de maconha (336,87g) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos (apreensão de petrechos utilizados para preparo e individualização da substância), que o 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*.
8. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
9. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).
10. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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

O Tribunal de origem, ao rebater a nulidade referente à invasão de domicílio, consignou o seguinte:

"As preliminares de nulidade não merecem acolhida.

A prova dos autos permite compreender que a entrada na residência se deu após policiais receberem informações de que os acusados guardavam entorpecentes em casa (flagrante delito), hipótese na qual a inviolabilidade da casa é flexibilizada pela Constituição Federal (art. 5º, inc. XI, da CF: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito [...]").

Assim, não há qualquer nulidade em decorrência da busca domiciliar desacompanhada de mandado judicial, na medida em que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, prescindindo desta formalidade.

[...]

Ademais, nos termos da sentença proferida 'o ato restou convalidado pela comprovação do delito de tráfico diante da apreensão do material ilícito e demais objetos suspeitos (peneira, liquidificador, pratos e colheres com resquícios de substância entorpecente)' (sic. fl. 464).

[...]

O policial militar Silvinei Fernandes dos Santos relatou que estava em patrulhamento pelo Bairro Vitória Régia, com o colega, quando receberam denúncia anônima de um casal no sentido de que, no local dos fatos, tinham entrado dois indivíduos com sacolas plásticas contendo entorpecentes, e que o local serviria para embalagem de entorpecentes destinados ao tráfico. Chegando no local, ficaram em frente à residência e observaram que dois indivíduos, percebendo a presença dos policiais, saíram correndo, motivo pelo qual decidiram entrar no imóvel. Abordou o réu Henrique no banheiro da residência, jogando entorpecentes no vaso sanitário, e entrou em luta corporal com o acusado, que tentava fugir. Enquanto isso, seu parceiro abordou o réu Kléber na cozinha.

Em outro cômodo da residência encontraram a Sra. Rosemari, proprietária do imóvel, e seu filho. Ela foi indagada a respeito dos fatos e informou que o filho devia dinheiro aos réus por conta do tráfico e, devido a isso, e também às ameaças que sofria, autorizou que eles usassem a residência para embalar drogas. Além dos entorpecentes, encontraram liquidificador, peneira, embalagens e outros objetos que demonstram que estavam embalando os entorpecentes naquele momento. O chão também estava sujo de pó branco, o qual aparentava ser cocaína. Os acusados confirmaram a versão dada pela proprietária do imóvel, sendo que Henrique negou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

propriedade dos entorpecentes e Kleber disse que a droga pertencia a ambos (a partir de fl. 322, mídia eletrônica).

O PM Edenildo Vicente Magalhães relatou os fatos no mesmo sentido (a partir de fl. 322 mídia eletrônica)" (e-STJ, fls. 665-670)

Como se verifica, o entendimento perfilhado pela Corte estadual está em harmonia com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual, sendo o crime de tráfico de drogas de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão ou autorização judicial para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Sobre o tema, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou tal entendimento, com o alerta de que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de **justa causa**, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

A propósito:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 603.616/RO, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, DJe 10/5/2016, grifou-se).

No caso em exame, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que, após chegada ao local para averiguação de "denúncia anônima" recebida de um casal de suposta prática de preparo das substâncias e de tráfico ilícito de entorpecentes, dois indivíduos perceberam a presença dos policiais e correram para dentro do imóvel, momento em que os policiais decidiram ingressar na residência e flagraram o corréu HENRIQUE jogando entorpecentes no vaso sanitário e o paciente KLEBER jogando algo na pia da cozinha. Os réus tentaram se evadir do local, mas foram detidos. Em busca realizada no imóvel foram apreendidos 141 porções de *crack* (42,56g), 138 de cocaína (27,19g) e 111 de maconha (336,87g), além de peneiras, um liquidificador, um rolo de plástico filme e um prato, todos com resquícios de uma substância na coloração branca. De sorte que eram fundadas as razões para a atuação policial. Desse modo, na presença de elementos suficientes a autorizar a medida estatal, não há como acolher a alegada ilicitude da prova.

Quanto à dosimetria da pena, a Corte de origem manteve a pena aplicada em primeiro grau, em decisão assim motivada:

"Passo, então, à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, as penas-base foram fixadas acima do piso, em 05 anos e 10 meses de reclusão, com financeira de 583 diárias mínimas de multa, 'em razão da quantidade e diversidade considerável de droga 42,56g de 'crack', 27,19g de 'cocaína' e 366,87g de 'maconha', peso líquido, bem como diante do alto grau de reprovabilidade que deve merecer a conduta dos réus' (sic. sentença, fl. 470).

Na segunda e terceira fases, ausentes atenuantes, agravantes, bem como causas de aumento e de diminuição, a reprimenda é tornada definitiva.

Inviável acolher os pleitos de aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Não apenas foram consideradas a quantidade, diversidade e a natureza das drogas apreendidas em poder dos apelantes (42,56g de 'crack', 27,19g de 'cocaína' e 366,87g de 'maconha') como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, mas também a comprovação de dedicação habitual, pela prova oral, e também, como bem fundamentado na r. sentença, pela apreensão de petrechos comumente utilizados para fracionamento e preparo de porções individualizadas, como tubos de armazenamento e peneira, próprias para a comercialização do material ilícito, 'tudo a indicar habitualidade na conduta, ou seja, de que não se tratava de fato esporádico' (cf. fl. 470).

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República.

Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico.

A inteligência útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais" (e-STJ, fls. 672-674).

Segundo se infere, o cabimento da atenuante de confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, não foi objeto de debate no acórdão impugnado. Logo, o exame diretamente do tema por esta Corte Superior configura indevida supressão de instância (HC 466.739/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/2/2019, DJe 21/2/2019).

Do mesmo modo, não merece acolhimento o pleito de reconhecimento do tráfico privilegiado.

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

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

In casu, a Corte de origem afastou a incidência da minorante por entender que há elementos suficientes que comprovam a habitualidade delitiva do paciente na traficância, pois, além da **quantidade, da diversidade e da natureza das drogas encontradas - 141 porções de crack (42,56g), 138 de cocaína (27,19g) e 111 de maconha (336,87g) -, houve a apreensão de petrechos utilizado na preparação e individualização da substância com resquícios das drogas.**

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

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTOS CONCRETOS.

1. O Tribunal de Justiça, ao analisar as circunstâncias dos autos - quantidade e natureza da droga, balança de precisão e certa quantia em dinheiro - afirmou que o acusado se dedicava a à atividade criminosa.
2. Esta Corte Superior tem reiteradamente decidido, em observância ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que havendo demonstração de que o paciente se dedica à atividade criminosa, mostra-se inaplicável a minorante em questão.
3. As instâncias ordinárias apresentaram fundamentação concreta para a fixação do regime fechado (circunstância judicial negativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(consequências do crime - fl. 206), evidenciada pela apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecentes (665,32 g de maconha, 9 comprimidos de ecstasy e 41 micropontos de LSD).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 382.406/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2017, DJe 15/3/2017);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. [...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*. [...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Consigne-se, também, que não há se falar em *bis in idem*, pois, além da quantidade e da natureza da droga apreendida, há outros elementos dos autos que evidenciam a dedicação do paciente em atividades criminosas. Ainda que assim não fosse, vale lembrar que esta Corte tem entendimento 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.

Cito a propósito os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO *NE BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL E PARA JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO. POSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA, VALORADAS NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 integrem organização criminosa.

- No caso, foi afastada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, indicativas do tráfico habitual. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

- Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o 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. O Supremo Tribunal Federal 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. Assim, nada impede que a quantidade da droga justifique a exasperação da pena-base e fundamente o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedentes.

- Na espécie, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizada na primeira fase para justificar a exasperação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas, sim, como um dos fatores impeditivos do seu reconhecimento, incorrendo, assim, a alegada ofensa ao primado do *ne bis in idem*. Precedentes.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Habeas corpus* não conhecido.”

(HC 413.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017);

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura *bis in idem*.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido.”

(HC 401.277/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 26/10/2017).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, mais uma vez não assiste razão ao impetrante.

O Tribunal de origem fixou o regime fechado pelos seguintes fundamentos:

"No que tange ao regime penitenciário, anoto que a identificação do meio mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos na Lei de Drogas. Nesse sentido: STJ HC 272.152/SP rel. Min. Marilza Maynard 6ª Turma J. 10.12.2013.

No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela quantidade e pela natureza dos entorpecentes apreendidos (42,56g de 'crack', 27,19g de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'cocaína' e 366,87g de 'maconha'), a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS 6ª T. rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 24.10.2013; HC 222994/SP 6ª T. rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE j. 24.10.2013; HC 278530/SP 5ª T. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze j. 22.10.2013.

Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, §3º e 59, ambos do Cód. Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que ela provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta.

Tais circunstâncias concretas são expressamente adotadas como razões de decidir pelo C. Superior Tribunal de Justiça para dar maior rigor ao tratamento penal dos crimes tipificados na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006, conforme se extrai dos termos do Informativo Jurisprudencial nº 541, de 11 de junho de 2.014:

[...]

O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

[...]

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico" (e-STJ, fls. 674-677).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No entanto, embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais, variedade, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confirmam-se:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDO.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0257555-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 530.121 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15018341920178260567 20140162017 20190000097969 20974248120188260000

EM MESA

JULGADO: 19/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP295476
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: KLEBER WELLINGTON PEREIRA (PRESO)
CORRÉU	: HENRIQUE ALVES DA SILVA
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.