

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 672.359 - SP (2021/0175979-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : KAIQUE CANDIDO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO - SP249729
FRANCILENE DOS SANTOS BATISTA - SP361640
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECEDENTES. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS PRESTADOS EM JUÍZO. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÃO PENAL EM CURSO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTE. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. INVIABILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

– O pleito relativo ao reconhecimento da nulidade processual absoluta por cerceamento de defesa, por alegada ausência de intimação pessoal do defensor dativo do paciente sobre o acórdão de apelação não foi submetido à apreciação e, tampouco analisado pelas instâncias de origem, tratando-se, portanto, de matéria nova, somente ventilada neste *mandamus*, não sendo possível sua análise diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

– O *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem,

mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do mandamus, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes.

– A condenação do paciente por tráfico de drogas foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias em que ocorreram sua prisão em flagrante – *em local conhecido como ponto de venda de drogas, após denúncias anônimas relatando à polícia que havia uma pessoa traficando na travessa Paloma Carolina, razão pela qual, em patrulhamento de rotina pelo local, avistaram um indivíduo com as mesmas características indicadas nas denúncias e, ao abordá-lo, apreenderam as drogas e numerário em uma sacola que ele havia dispensado ao ver os policiais* (e-STJ, fl. 226) –, sendo, portanto, pouco crível a tese de que a droga encontrada em seu poder fosse apenas para uso próprio.

– Ademais, 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. Precedentes.

– 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*.

– Não foram atendidos os requisitos necessários para o reconhecimento do tráfico privilegiado, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o paciente se dedicava à atividade criminosa, haja vista ele haver sido preso em flagrante, *após ter sido solto, sendo beneficiado com o privilégio, nos autos n. 0000686-88.2018.8.26.0542 - 2ª Vara da Comarca de Jandira, onde está sendo processado também por tráfico de entorpecentes* (e-STJ, fl. 288), o que denota sua dedicação à atividade criminosa, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, que ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro FELIX FISCHER, firmou o entendimento de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, exatamente como na espécie. Precedentes.

Superior Tribunal de Justiça

- Inalterado o montante da pena privativa de liberdade (5 anos de reclusão), fica mantido o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e do art. 44, I, ambos do Código Penal.
- Agravo regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de junho de 2021 (Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 672.359 - SP (2021/0175979-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **KAIQUE CANDIDO DA SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO - SP249729**
: **FRANCILENE DOS SANTOS BATISTA - SP361640**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

KAIQUE CANDIDO DA SILVA agrava regimentalmente contra decisão de minha Relatoria, na qual não conheci do *writ* porque substitutivo de recurso próprio. Não obstante isso, ao analisar os autos, concluí que as pretensões formuladas pelo impetrante encontravam óbice na jurisprudência desta Corte Superior e na legislação penal, sendo, portanto, manifestamente improcedentes.

Afirma a defesa do agravante, contudo, que *ocorreu um equívoco por parte deste Relator ao afirmar que a matéria referente à nulidade processual pela ausência de intimação do Defensor Dativo do Paciente não fora submetida à apreciação e tampouco analisada pelas instâncias, caracterizando hipótese de supressão de instância [pois] ela surgiu apenas após o julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, mais precisamente no momento de efetivação da intimação do v. acórdão oriundo da Corte paulista (ambas à e-STJ, fl. 378).*

Ademais, alega que em relação ao pleito de desclassificação, *existiu uma presunção de autoria tomando por base não questão fática, mas situa-ções abstratas e genéricas trazidas por parte dos policiais militares em detrimento do sujeito passivo da persecução penal [pois] em momento algum restou apontada alguma questão concreta de que o Paciente seria o autor da empreitada delitiva (e-STJ, fl. 379).*

Por fim, assevera que *não há que se falar em preponderância do entendimento da Corte de que o fato de existir uma condenação prévia afastaria o*

Superior Tribunal de Justiça

reconhecimento da minorante legal (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) (e-STJ, fl. 380).

Pugna, por isso, pela reconsideração do *decisum* ou pela submissão do feito ao órgão Colegiado, para que seja reformada a decisão recorrida e acolhidos os pleitos formulados na exordial.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 672.359 - SP (2021/0175979-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : KAIQUE CANDIDO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO - SP249729
FRANCILENE DOS SANTOS BATISTA - SP361640
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECEDENTES. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS PRESTADOS EM JUÍZO. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÃO PENAL EM CURSO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTE. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. INVIABILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

– O pleito relativo ao reconhecimento da nulidade processual absoluta por cerceamento de defesa, por alegada ausência de intimação pessoal do defensor dativo do paciente sobre o acórdão de apelação não foi submetido à apreciação e, tampouco analisado pelas instâncias de origem, tratando-se, portanto, de matéria nova, somente ventilada neste *mandamus*, não sendo possível sua análise diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

– O *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas

constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do mandamus, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes.

– A condenação do paciente por tráfico de drogas foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias em que ocorreram sua prisão em flagrante – *em local conhecido como ponto de venda de drogas, após denúncias anônimas relatando à polícia que havia uma pessoa traficando na travessa Paloma Carolina, razão pela qual, em patrulhamento de rotina pelo local, avistaram um indivíduo com as mesmas características indicadas nas denúncias e, ao abordá-lo, apreenderam as drogas e numerário em uma sacola que ele havia dispensado ao ver os policiais* (e-STJ, fl. 226) –, sendo, portanto, pouco crível a tese de que a droga encontrada em seu poder fosse apenas para uso próprio.

– Ademais, 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. Precedentes.

– 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*.

– Não foram atendidos os requisitos necessários para o reconhecimento do tráfico privilegiado, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o paciente se dedicava à atividade criminosa, haja vista ele haver sido preso em flagrante, *após ter sido solto, sendo beneficiado com o privilégio, nos autos n. 0000686-88.2018.8.26.0542 - 2ª Vara da Comarca de Jandira, onde está sendo processado também por tráfico de entorpecentes* (e-STJ, fl. 288), o que denota sua dedicação à atividade criminosa, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, que ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro FELIX FISCHER, firmou o entendimento de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, exatamente como na espécie. Precedentes.

– Inalterado o montante da pena privativa de liberdade (5 anos de

Superior Tribunal de Justiça

reclusão), fica mantido o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e do art. 44, I, ambos do Código Penal.

– Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão combatida, razões pelas quais merece conhecimento. No entanto, não obstante os esforços da agravante, **não constato elementos suficientes para reconsiderar minha decisão**, cuja conclusão mantenho por seus próprios fundamentos.

Conforme relatado, busca o impetrante, em suma, o reconhecimento da nulidade do acórdão recorrido por alegado cerceamento de defesa ou, ao menos, a desclassificação da conduta do paciente, de tráfico de drogas para a de posse de drogas para uso próprio e subsidiariamente, o reconhecimento do tráfico privilegiado e o abrandamento do regime prisional do paciente.

I. Da preliminar de nulidade

Neste tópico, pretendia o impetrante o reconhecimento da nulidade processual absoluta por cerceamento de defesa, por alegada ausência de intimação pessoal do defensor dativo do paciente sobre o acórdão de apelação.

Compulsando os autos, verifiquei que essa insurgência não foi submetida à apreciação e, tampouco analisada pelas instâncias de origem, tratando-se, portanto, de matéria nova, somente ventilada neste *mandamus*, não sendo possível sua análise diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECEPÇÃO. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM NA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE DOS CRIMES DE

ASSOCIAÇÃO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Inviável a apreciação da alegação de bis in idem na imputação simultânea ao réu da prática pelos crimes de associação para o tráfico e de organização criminosa, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância, pois os temas não foram analisados no aresto combatido.

PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DO MATERIAL TÓXICO APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MAIS BRANDAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. RECLAMO DO QUAL PARCIALMENTE SE CONHECE E, NA EXTENSÃO, NEGA-SE-LHE PROVIMENTO.

[...]

2. No caso, a quantidade da substância tóxica apreendida em poder do agente somada às circunstâncias em que se deu o delito – os estupecifacientes individualizados, embalados e transportados do Estado de Goiás ao Maranhão em uma caminhonete, declarada pelo agente como possível fruto de roubo – são elementos que revelam o possível tráfico em grande escala e o maior envolvimento com a narcotraficância, o que autoriza a manutenção da constrição processual, com o fim de evitar que, solto, continue a delinquir.

3. Não se pode dizer que a medida é desproporcional em relação a eventual condenação que poderá sofrer ao final do processo, pois não há como, em âmbito de recurso ordinário em habeas corpus, concluir que ao réu será imposto regime menos gravoso que o fechado ou deferida a substituição de penas, especialmente em se considerando as particularidades do delito denunciado.

[...]

6. Recurso ordinário do qual parcialmente se conhece e, na extensão, nega-se-lhe provimento. (RHC n. 115.593/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 10/9/2019, DJe 23/9/2019, grifei)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. NULIDADES. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO. VÍCIO SANADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO

Superior Tribunal de Justiça

PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. LAUDO PERICIAL REALIZADO COM BASE EM EXAME PARTICULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

[...]

III - Ao juiz é dado decretar a prisão preventiva, inclusive de ofício, quando no curso do processo, consoante se depreende da leitura do art. 311, do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal pela ausência de intimação da defesa.

IV - Quanto à nulidade do laudo pericial, realizado com base em exame particular, não houve pronunciamento sobre o tema por parte do eg. Tribunal a quo, de modo que não é possível ao Superior Tribunal de Justiça conhecer pela vez primeira de matéria não debatida nas instâncias ordinárias, sob pena de indevida supressão de instância.

Recurso ordinário desprovido. (RHC n. 51.303/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 9/12/2014, DJe 18/12/2014, grifei)

Ressalto, por oportuno, que mesmo a apontada nulidade havendo surgido *no momento de efetivação da intimação do v. acórdão oriundo da Corte paulista*, conforme defendido, seria possível ao defensor interpor *habeas corpus* na origem, ou mesmo agravar do *decisum*, para possibilitar à Corte estadual debater sobre o tema, contudo, ficou inerte; Não podendo agora, repito, esta Corte Superior, em total desprestígio às instâncias de origem, analisar diretamente esta matéria.

II. Da desclassificação

Preliminarmente, ressaltei que o *habeas corpus* não era a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostrava-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do *mandamus*, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória.

Nessa esteira:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 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.

2. O habeas corpus não se presta para apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

[...]

5. Writ não conhecido. (HC n. 413.150/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, Julgado em 23/11/2017, DJe 28/11/2017, grifei)

Não obstante isso, ao julgar o apelo ministerial e consignar pela condenação do paciente pela prática do delito de tráfico de drogas, o Relator do voto condutor do acórdão asseverou que (e-STJ, fls. 224/227, destaquei):

[...]

Segundo o apurado, na data dos fatos, próximo a uma escola/creche, no intuito de vendê-los a terceiros, o denunciado portava os entorpecentes, momento em que foi avistado por policiais militares, que efetuavam patrulhamento no local, após receberem delação anônima dando conta de um indivíduo, com as mesmas características físicas e os trajes do denunciado, traficava no local.

Ao avistar a aproximação da viatura policial Kaique dispensou uma sacola plástica que portava e saiu andando. Na ocasião, abordado pelos policiais e revistado, nada foi encontrado, porém, na sacola que ele havia jogado anteriormente, foram encontrados 28 invólucros plásticos contendo crack, além da quantia de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais).

[...]

O policial militar Wander Rodrigo de Lima afirmou que estava em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido como ponto de venda de drogas, quando avistou o réu. Ao ver a viatura, ele

passou a andar mais rápido e arremessou um objeto que tinha em suas mãos. Feita a abordagem, com ele nada foi encontrado. O objeto que ele arremessou foi localizado. Tratava-se de uma sacola plástica onde havia pedras de crack.

O policial militar Carlos Antonio Oliveira Silva afirmou que na semana anterior à prisão do réu tinham sido feitas denúncias de um indivíduo traficando na travessa Paloma Carolina. No dia dos fatos, estava em patrulhamento pelo local quando avistou o réu com as características passadas na denúncia. Ele estava com uma sacola e demonstrou nervosismo ao ver a viatura. Em seguida, entrou em uma casa e saiu sem a sacola. Feita a abordagem, com ele nada foi encontrado. A sacola foi recuperada e em seu interior havia pedras de crack.

[...]

Analisando o pleito detidamente, vislumbra-se que razão assiste ao apelante, mormente diante das provas carreadas, notadamente testemunhais, sendo, assim, indene de dúvidas a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecente constante do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, impondo-se o decreto condenatório.

Ressalte-se que a materialidade delitiva, in casu, restou devidamente caracterizada, pelo auto de apreensão das drogas (fl. 09) e pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 47/49) e, pela prova produzida nos autos.

Apesar de o réu ter negado a prática delituosa, como geralmente acontece nos crimes de tráfico, não pode sobrepor ao testemunho prestado pelos policiais.

Como se vê, de forma coesa e harmônica, os policiais responsáveis pela diligência relataram que na semana anterior à prisão do réu tinham sido feitas denúncias de um indivíduo traficando na travessa Paloma Carolina. No dia dos fatos, visualizaram o réu com as características passadas na denúncia. Ele estava com uma sacola e demonstrou nervosismo ao ver a viatura. em seguida, entrou em uma casa e saiu sem a sacola. feita a abordagem, com ele nada foi encontrado. A sacola foi recuperada e em seu interior havia pedras de crack.

Como é cediço, o testemunho policial é de grande valia na prova do tráfico, não tendo sua credibilidade reduzida em razão de tal condição, salvo na presença de indícios concretos que possam desaboná-lo, no sentido de serem eles desafetos do acusado ou quisesses indevidamente prejudicá-lo, o que não se demonstrou, nem sequer por indícios, no curso do presente feito.

Pela leitura do recorte acima, constatei que a conclusão obtida pela

Superior Tribunal de Justiça

Corte estadual sobre a condenação do paciente no referido delito foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias em que ocorreram sua prisão em flagrante – *em local conhecido como ponto de venda de drogas, após denúncias anônimas relatando à polícia que havia uma pessoa traficando na travessa Paloma Carolina, razão pela qual, em patrulhamento de rotina pelo local, avistaram um indivíduo com as mesmas características indicadas nas denúncias e, ao abordá-lo, apreenderam as drogas e numerário em uma sacola que ele havia dispensado ao ver os policiais* (e-STJ, fl. 226) –, sendo, portanto, pouco crível a tese de que a droga encontrada em seu poder fosse apenas para uso próprio.

Desse modo, não verifiquei nenhuma ilegalidade a ser sanada na condenação do paciente no referido delito, sendo que, entendimento diverso, como pretendido, reiterarei, demandaria a imersão vertical no acervo fático e probatório carreado aos autos, providência incabível na via processual eleita.

Por oportuno, ressaltei que 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.

Ilustrativamente:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO COMETIDO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO, EM CONCURSO DE AGENTES E COM RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. CONDENAÇÃO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 155 DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVA DA AUTORIA COLHIDA EM JUÍZO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA PELA PROVA JUDICIALIZADA. VALIDADE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - O eg. Tribunal de Justiça, ao modificar a sentença absolutória

para condenar o paciente, se fundamentou na prova coligida em Juízo, consistente no depoimento das vítimas e testemunhas, dentre elas policiais que realizaram a prisão em flagrante, os quais corroboraram os elementos constantes do inquérito policial, notadamente a confissão extrajudicial dos agentes, não havendo ofensa ao art. 155 do CPP.

[...]

IV - 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. Precedentes.

V - Afastar a condenação, in casu, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 471.082/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 30/10/2018)

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.

[...]

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 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 15/2/2016). Súmula 568/STJ.

[...]

8. *Habeas corpus não conhecido.* (HC n. 393.516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017)

Desse modo, não verifiquei nenhuma ilegalidade na condenação do paciente, pela prática do delito de tráfico de drogas.

III. Da não incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Inicialmente, observei que, nos termos do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas teriam a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando fossem **reconhecidamente primários, possuísssem bons antecedentes e não se dedicassem a atividades criminosas ou integrassem organização criminosa.**

A incidência da referida minorante foi rechaçada pela Corte estadual, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 237/238, grifei):

[...]

No caso dos autos, supõe-se que não se trata de um traficante eventual, visto que este já vem inserido no mundo do crime, inclusive sendo réu em ação por tráfico de drogas (fls. 310), portanto desmerece a concessão do benefício legal (tráfico privilegiado).

Inicialmente, é de fundamental importância destacar que inquirido e ações penais em curso não podem ser valorados como maus antecedentes na 1ª fase da dosimetria da pena (Súmula 444-STJ), contudo, é possível utilizá-los para afastar a incidência do privilégio pleiteado, ação penal em andamento por fato idêntico.

No caso em análise, o acusado cometeu o delito apurado após ter sido solto, sendo beneficiado com o privilégio nos autos n. 0000686-88.2018.8.26.0542 - 2ª Vara da Comarca de Jandira,

Superior Tribunal de Justiça

onde está sendo processado também por tráfico de entorpecentes.

Assim, denota-se que mesmo sabedor que respondia a processo criminal por tráfico de drogas, o acusado reiterou sua conduta criminosa, tanto que veio novamente a ser preso, agora por estes fatos. Portanto, evidente está que o acusado se dedica à prática do comércio espúrio de drogas.

Pela leitura do recorte acima, ressaltei que não foram atendidos os requisitos necessários para o reconhecimento do tráfico privilegiado, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o paciente se dedicava à atividade criminosa, haja vista ele haver sido preso em flagrante, *após ter sido solto, sendo beneficiado com o privilégio, nos autos n. 0000686-88.2018.8.26.0542 - 2ª Vara da Comarca de Jandira, onde está sendo processado também por tráfico de entorpecentes* (e-STJ, fl. 288), o que denotava sua dedicação à atividade criminosa, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, que ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro FELIX FISCHER, firmou o entendimento de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, exatamente como na espécie.

Ainda nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP 1.431.091/SP. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a

reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. O entendimento firmado pela Corte local está em consonância com a jurisprudência desta Corte, porquanto a Terceira Seção pacificou entendimento no sentido de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (EREsp 1.431.091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 1º/2/2017).

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 399.280/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 22/8/2017, grifei)

Nesses termos, não identifiquei nenhuma ilegalidade a ser sanada na negativa de incidência a benesse ao paciente.

IV. Regime de cumprimento de pena e substituição

Inalterado o montante da pena privativa de liberdade (5 anos de reclusão), asseverei que ficava mantido o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e do art. 44, I, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0175979-4

**AgRg no
HC 672.359 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15015025920198260542 20200000411118

EM MESA

JULGADO: 22/06/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO
ADVOGADOS : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO - SP249729
FRANCILENE DOS SANTOS BATISTA - SP361640
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIQUE CANDIDO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : KAIQUE CANDIDO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO - SP249729
FRANCILENE DOS SANTOS BATISTA - SP361640
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.