



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 822952 - PR (2023/0158272-0)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)
AGRAVANTE : GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME NUNES SIQUEIRA
ADVOGADO : GUILHERME SÉRGIO FAUTH - PR094461
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LICITUDE DA PROVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Quanto à busca domiciliar, este Tribunal, no bojo do HC 598.051/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti, fixou a tese de que o ingresso em domicílio exige a comprovação de fundadas razões (justa causa) evidenciadas pelo contexto fático anterior. No caso, não há como negar a presença de justa causa a viabilizar as diligências.

2. Há flagrante ilegalidade a ser sanada de ofício, pois a redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada pela conclusão de que o agravante se dedicava a atividades criminosas apenas em virtude da quantidade de drogas com ele apreendida, além da ausência de comprovação de ocupação lícita, devendo ser formulada nova dosimetria.

3. Agravo regimental não provido e concedida, de ofício, a ordem de *habeas corpus* para aplicar a minorante do tráfico privilegiado, redimensionando a pena do paciente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa e, por conseguinte, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, e, por maioria, conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Antonio Saldanha Palheiro.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 18 de junho de 2024.

Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(Desembargador Convocado do TJSP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 822952 - PR (2023/0158272-0)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
AGRAVANTE : GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME NUNES SIQUEIRA
ADVOGADO : GUILHERME SÉRGIO FAUTH - PR094461
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE PROBATÓRIA NÃO VERIFICADA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DESCABIMENTO DA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, considera-se ilícita a busca pessoal ou domiciliar executada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. 240 do CPP.

2. No caso, extrai-se do acórdão a existência de fundadas razões para a abordagem do corréu, bem como para o ingresso na residência do agravante. Houve monitoramento prévio do local, nos 2 meses anteriores, e realização de campana pelos policiais no dia dos fatos, sendo o corréu abordado, na posse de "uma porção de cocaína", no momento em que deixava a residência do paciente, seguindo-se o ingresso dos agentes no imóvel e a apreensão de 110g de cocaína e 35 comprimidos de *ecstasy*.

3. A inversão das premissas fáticas delineadas pelo Tribunal de origem demandaria amplo revolvimento de provas, incabível na via estreita do *habeas corpus*.

4. O pleito relativo à concessão da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi apreciado pelo Tribunal de origem, o que obsta a análise da questão por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância. Não procede sequer o pleito de concessão da ordem de ofício, pois ausente, na sentença de primeiro grau, flagrante ilegalidade.

5. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por Guilherme Nunes de Siqueira contra a decisão que denegou o *habeas corpus*.

No presente agravo, a defesa alega que a análise do *mandamus* não demanda revolvimento de provas, mas reavaliação jurídica de fatos incontroversos.

Reafirma as razões de mérito, no sentido da necessidade de reconhecimento da ilicitude probatória decorrente da ausência de justa causa para a revista pessoal e busca domiciliar.

Alega que a decisão agravada desconsiderou a demonstração, trazida na petição do *habeas corpus*, no sentido da contradição na versão policial apresentada. Nesse sentido, argumenta que "os fatos utilizados na manutenção da condenação e afastamento da ilegalidade efetivamente não ocorreram" (fl. 196).

Afirma que, mesmo não debatida pela Corte de origem a questão relativa à minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, passível a concessão da ordem de ofício no ponto, dada flagrante ilegalidade.

Requer a reconsideração da decisão ou a submissão do presente agravo a julgamento pelo colegiado.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (fls. 162-167):

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33 da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

No presente *writ*, sustenta a defesa a ilicitude da prova, pois a abordagem policial em relação ao corréu Kaio e a invasão no domicílio do paciente Guilherme ocorreram com base em denúncia anônima, sem as fundadas razões e sem autorização judicial.

Afirma a falta de motivação idônea para a negativa da minorante do tráfico, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para decretar a absolvição ou desclassificar a conduta para tráfico privilegiado.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 139-160).

Acerca da apontada ilicitude probatória, colhe-se do acórdão impugnado (fls. 56-61):

Da conclamada nulidade pela violação de domicílio

10. Como adiantado, o Sr. GUILHERME almeja seja declarada a nulidade do feito, ao argumento de que os policiais invadiram sua residência, sem mandado judicial ou elementos indicativos de tráfico, obtendo provas por meio ilícito.

Temo alertar, porém, que a tese não procede.

Como cediço, tem-se que a inviolabilidade do domicílio possui exceções constitucionalmente previstas, mais precisamente no artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República, verbis:

[...]

Como se vê, o próprio dispositivo constitucional traz exceções à regra de respeito à moradia dos cidadãos, sendo uma delas a hipótese de flagrante delito.

Com efeito, impende destacar que o crime de tráfico de entorpecentes é permanente, isto é, com consumação que se prolonga no tempo, configurando, pois, a hipótese de flagrante delito.

Referida exceção à garantia de inviolabilidade foi necessária, em virtude da imperatividade de proteção de determinados bens jurídicos [no caso, a saúde pública], independentemente da vontade de quem seja o proprietário ou morador da residência abordada.

Desse modo, a teor do disposto no artigo 303 do Código de Processo Penal, entende-se que o agente está em flagrante delito todo o tempo até cessar a permanência do ilícito.

[...]

Nos termos do quanto decidido pela Suprema Corte, portanto, faz-se necessária a demonstração de que a entrada forçada em domicílio se baseou em elementos mínimos a caracterizar justa causa para a medida.

E, no caso concreto, conforme se dissertará, vislumbrou-se que a entrada da polícia na casa do Sr. GUILHERME se deu ante a existência de justa causa para justificar a medida, senão vejamos.

Extrai-se dos autos que a Policial Civil MARILENE LIMA CONSTANTINO DE ALMEIDA (mov. 253.4) afirmou, em Juízo, que a equipe já monitorava o réu há cerca de dois meses, uma vez que receberam denúncias dando conta de que ele traficava drogas. No dia dos fatos, estavam em campana em frente à residência do apelante quando presenciaram o falecido corréu KAIO entrar no prédio, informando ao porteiro que iria falar com o “Guilherme do 106”. Posteriormente, quando KAIO deixou o prédio e entrava no uber, abordaram-no e encontraram, em sua cueca, duas porções de cocaína, que este admitiu ter comprado de GUILHERME. Abordaram, ainda, o motorista do carro de transporte por aplicativo, que esclareceu que já havia levado KAIO à residência de GUILHERME outras vezes, bem como em alguns outros lugares, sempre para adquirir drogas. Diante desta situação, solicitaram a presença do síndico e entraram no prédio. Em frente ao apartamento do réu, que se situava no primeiro andar, se identificaram e ouviram barulhos e, ao adentrarem na residência, constataram que a janela do quarto estava aberta, bem como que o jardim privativo externo do apartamento possibilitava que o réu tivesse acesso à garagem do prédio, pulando o muro. Na residência, encontraram seis invólucros de cocaína no interior do sofá, embaladas similarmente às porções apreendidas com KAIO, além de uma porção grande, com cerca de 100g, ainda não fragmentada, trinta e cinco comprimidos de ecstasy e algumas embalagens vazias.

Por sua vez, o policial FELIPE PINHO DE AZEVEDO GAMA (mov. 253.2) atestou em audiência de instrução e julgamento que não participou efetivamente das investigações, mas que prestou apoio à equipe que estava investigando o réu. Contou que ficou em campana na frente do prédio, bem como que ouviu KAIO informar ao porteiro que iria à casa de GUILHERME. Relatou que abordaram KAIO quando este saiu do prédio e que encontraram drogas com ele. Destacou que o motorista do uber informou que já havia levado o corréu àquele lugar outras vezes. Informou, por fim, que não

adentrou no prédio, tendo permanecido na portaria com KAIO.

Por fim, o réu GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA confessou em seu interrogatório (mov. 515.2) que a droga encontrada com KAIO era a mesma que fora apreendida em sua casa e que havia usado drogas com o corréu naquele dia. Explicou que KAIO tinha um compromisso e, portanto, levou os narcóticos para terminar de usar em casa. Acerca da fuga, relatou que o porteiro o havia avisado, pelo interfone, que “uns caras” estavam segurando KAIO e que saiu com o carro para verificar a situação. Quando perguntado sobre o motivo de ter saído do apartamento pulando o muro, justificou dizendo que o acesso à garagem era mais fácil desta forma e que até mesmo mantinha uma escada ali no jardim para tanto.

Neste contexto, tem-se que a busca na residência fora motivada pelos fortes indícios [extraídos da palavra do corréu e do motorista do uber, bem como pelas denúncias e pela investigação prévia] de que o réu estaria envolvido com o narcotráfico, cujos indicativos, diga-se, se revelaram corretos, uma vez que foram encontradas significativas quantidades de entorpecentes na área interna da moradia. Destarte, diante da evidente situação de flagrante delito e da licitude do procedimento adotado pelos policiais, se mostra cogente ser repelida a dissertação.

Nos crimes permanentes, tal como o de tráfico de drogas, o estado de flagrância prolonga-se no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, está-se diante de uma situação de flagrante delito.

Consoante decidido no RE 603.616/RO, pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária a certeza em relação à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o caso de flagrante delito. A propósito: HC 620.515/CE, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 08/02/2021; HC 612.579/BA, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 12/11/2020. Outrossim, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado.

Além disso, “[a]s circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude ‘suspeita’, ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente” (HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021).

Do contexto fático constante dos autos, subtede-se que haviam fundadas razões para abordagem domiciliar. Conforme depoimento dos policiais, “a equipe já monitorava o réu há cerca de dois meses, uma vez que receberam denúncias dando conta de que ele traficava drogas. No dia dos fatos, estavam em campana em frente à residência do apelante quando presenciaram o falecido corréu KAIO entrar no prédio, informando ao porteiro que iria falar com o “Guilherme do 106”. Posteriormente, quando KAIO deixou o prédio e entrava no uber, abordaram-no e encontraram, em sua cueca, duas porções de cocaína, que este admitiu ter comprado de GUILHERME”. Inclusive abordaram, ainda, o motorista do aplicativo uber, que afirmou já ter levado o corréu Kaio outras vezes à residência do paciente para adquirir drogas.

Além disso, ao entrarem no prédio, em frente ao apartamento do réu, os agentes “se identificaram e ouviram barulhos e, ao adentrarem na residência, constataram que a janela do quarto estava aberta, bem como que o jardim privativo externo do apartamento

possibilitava que o réu tivesse acesso à garagem do prédio, pulando o muro". Foram encontrados 6 invólucros de cocaína no interior do sofá, embaladas similarmente às porções apreendidas com KAIO, além de uma porção grande, com cerca de 100g, ainda não fragmentada, 35 comprimidos de ecstasy e algumas embalagens vazias.

Com efeito, tais circunstâncias concretas extraídas dos autos evidenciam a existência de fundadas razões para abordagem do corréu Kaio, bem como para o ingresso na residência, não se verificando a apontada lesão ao direito de inviolabilidade domiciliar. Confira-se:

[...]

No caso, consignando a Corte local ter havido elementos concretos para abordagem do corréu Kaio e o ingresso no imóvel (palavra do corréu falecido e do motorista do uber, bem como pelas denúncias e pela investigação prévia), a inversão do acórdão demandaria o revolvimento das provas dos autos, o que é vedado na via do *habeas corpus*, procedimento de rito célere e cognição sumária.

Noutro ponto, quanto ao pleito de reconhecimento do tráfico privilegiado, verifica-se que a tese defensiva não foi apreciada pela Corte de origem, o que obsta a apreciação da questão por esta Corte Superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Não debatido o pleito pela Corte de origem, é firme o entendimento de que "fica obstada sua análise *a priori* pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de dupla e indevida supressão de instância, e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e devido processo legal" (RHC n. 126.604/MT, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 7/12/2020, DJe 16/12/2020).

[...]

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

Em que pesem as razões trazidas pela parte agravante, a decisão deve ser mantida.

Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, considera-se ilícita a busca pessoal ou domiciliar executada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. 240 do CPP.

No caso, extrai-se, do contexto fático delineado pela Corte *a quo*, nos limites cognitivos do *habeas corpus*, a existência de fundadas razões para a abordagem do corréu, bem como para o ingresso na residência do agravante, sobretudo em razão de monitoramento prévio do local, nos 2 meses anteriores, e da realização de campana pelos policiais, no dia dos fatos, sendo o corréu abordado, na posse de drogas ("uma porção de cocaína" - fl. 53), no momento em que deixava a residência do paciente, seguindo-se o ingresso dos agentes no imóvel e a apreensão de 110g de cocaína e 35 comprimidos de *ecstasy*.

Além disso, a inversão das premissas fáticas delineadas pelo Tribunal de origem demandaria amplo revolvimento de provas, incabível na via estreita do *habeas corpus*.

Quanto à minorante do tráfico privilegiado, a tese defensiva não foi apreciada pelo Tribunal de origem, o que obsta a análise da questão por esta Corte Superior, sob

pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Não procede sequer o pleito de concessão da ordem de ofício, pois ausente, na sentença de primeiro grau, flagrante ilegalidade.

Com efeito, a sentença considerou, para afastar a benesse, "a quantidade e a diversidade de entorpecentes apreendidas, bem assim a não comprovação de atividade lícita" (fls. 87-88). Conforme se extrai da sentença, "o réu não comprovou a prática de atividade laboral lícita, mas mantinha um alto padrão de vida – tanto em razão do valor pago como aluguel do apartamento onde morava, bem como diante da posse de veículos luxuosos" (fl. 87).

A parte agravante não trouxe nenhuma inovação de fundamento apta a modificar a decisão impugnada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 822952 - PR (2023/0158272-0)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
AGRAVANTE : GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME NUNES SIQUEIRA
ADVOGADO : GUILHERME SÉRGIO FAUTH - PR094461
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

VOTO-VENCEDOR

Exmo. Sr. Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Desembargador Convocado do TJSP): Trata-se de *habeas corpus* por meio do qual se pretende a absolvição do paciente em virtude da ilicitude da prova, ao argumento de que a abordagem policial em relação ao corréu Kaio e a invasão do domicílio de Guilherme ocorreram com base em denúncia anônima, sem as fundadas razões e sem autorização judicial. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação da minorante do tráfico, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Nas razões do agravo regimental, a Defesa reitera a tese da ilegalidade das provas obtidas, aduzindo (fl. 196)

erro de premissa existente na decisão agravada quando da (não) análise da prova ampla e claramente trazida, pelo que a fundamentação deve ser afastada para o fim de conceder a ordem para declarar a nulidade das provas e a absolvição do agravante Guilherme Nunes

Reforça, outrossim, que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, bem como a ausência de comprovação de ocupação lícita, não seriam argumentos idôneos para o afastamento da minorante prevista na Lei de Drogas.

Pleiteia a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo ao colegiado competente.

Embora esteja de acordo com a conclusão exarada pelo eminente Relator no que diz respeito à presença de justa causa a viabilizar as diligências

policiais, ousou divergir da solução dada à pretendida concessão da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 por constatar flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

Isso porque o Juízo de primeiro grau negou a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 em favor do ora agravante, conforme a seguinte fundamentação (fls. 87/88, grifamos):

No caso em tela, o réu tinha em depósito e guardava 08 (oito) porções de cocaína - pesando aproximadamente 110 (cento e dez) gramas - e 35 (trinta e cinco) comprimidos de ecstasy, configurando o tipo penal descrito na exordial.

Ainda, consigna-se que o réu não comprovou a prática de atividade laboral lícita, mas mantinha um alto padrão de vida – tanto em razão do valor pago como aluguel do apartamento onde morava, bem como diante da posse de veículos luxuosos -, circunstâncias que reforçam o cometimento do delito denunciado, não sendo possível a desclassificação para o tipo do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Por fim, considerando a quantidade e a diversidade de entorpecentes apreendidos, bem assim a não comprovação de atividade lícita, entendo que restou evidenciada a habitualidade na prática criminosa, não podendo ser reconhecida e aplicada a minorante do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Como se vê, a minorante foi afastada devido à quantidade de droga apreendida e por não possuir o acusado ocupação lícita.

Ocorre que, [c]onforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a ausência de comprovação de ocupação lícita não permite presumir a dedicação à atividade criminosa (AgRg no REsp n. 2.051.947/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/10/2023, DJe de 18/10/2023).

Além disso, cumpre consignar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, reafirmou o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial.

Na oportunidade, foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

Confira-se a ementa do referido julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO

DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).

3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.

5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de

repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que 'as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena'. O resultado do julgado foi assim proclamado: Tese - As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).

8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que 'A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006' (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).

9. Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - 147 quilos de maconha).

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa. (HC n. 725.534/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, DJe 1º/06/2022, grifamos)

Nesse panorama, tendo em vista o entendimento desta Corte Superior de Justiça em casos análogos, entendo que a quantidade dos entorpecentes apreendidos (110g de cocaína e 35 comprimidos de ecstasy) justifica a redução da pena à razão de 1/2 (metade), cabendo observar que a pena-base não foi

exasperada na primeira fase sob o mesmo fundamento, de modo que não há falar em *bis in idem*.

Exemplificativamente:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO DA PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO AGRAVANTE. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA EM RELAÇÃO À SEGUNDA AGRAVANTE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. FRAÇÃO ESTABELECIDADA DENTRO DOS PARÂMETROS LEGAIS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O fato de o agravante ter se envolvido em outros processos pela prática do ato infracional, ainda que não configure reincidência ou maus antecedentes, justifica o afastamento do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que indica que o agente se dedica a atividade criminosa. Precedente.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC 725.534/SP, fixou a tese de que é possível a valoração da quantidade e natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena (HC n. 725.534/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022). Dessa forma, extrai-se que o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi aplicado em 1/2 (metade) com base na quantidade e variedade de drogas apreendidas (18g de maconha, 6g de cocaína e 70g de crack). Em consequência, não comporta reparo a modulação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto aplicado dentro dos parâmetros legais, de forma razoável e proporcional.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 2.122.977/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 10/6/2024)

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar as penas do paciente.

Na primeira fase de aplicação da pena, mantenho a pena-base no mínimo legal: 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, a sanção intermediária resta inalterada.

Na terceira fase, reconheço, nos termos desta decisão, a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2 (metade), de modo que a sanção fica definitivamente estabelecida em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e

250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo.

Considerando as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria, tendo sido estabelecida pena de reclusão inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o aberto, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, bem como cabível a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Por tais razões, pedindo vênias ao eminente Relator, nego provimento ao agravo regimental, mas concedo *habeas corpus* de ofício para aplicar a minorante do tráfico privilegiado, redimensionando a pena do paciente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa e, por conseguinte, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0158272-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
HC 822.952 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00201870820198160013 201870820198160013

PAUTA: 15/04/2024

JULGADO: 14/05/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ARTHUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUILHERME SERGIO FAUTH
ADVOGADO : GUILHERME SÉRGIO FAUTH - PR094461
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME NUNES SIQUEIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

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 : GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME NUNES SIQUEIRA
ADVOGADO : GUILHERME SÉRGIO FAUTH - PR094461
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a) GUILHERME SÉRGIO FAUTH, pela parte: AGRAVANTE:GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental, sendo acompanhado pelo Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, do voto do Sr. Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) negando provimento ao agravo regimental e concedendo o habeas corpus, de ofício e do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior negando provimento ao agravo regimental e concedendo o habeas corpus, de ofício, em maior extensão, pediu vista o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

C5422251529254292@ 2023/0158272-0 - HC 822952 Petição : 2023/0122919-7 (AgRg)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 822952 - PR (2023/0158272-0)

RELATOR : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**
AGRAVANTE : GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME NUNES SIQUEIRA
ADVOGADO : GUILHERME SÉRGIO FAUTH - PR094461
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

VOTO-VISTA

Foi o agravo regimental interposto contra decisão monocrática que manteve a condenação do réu, pelo crime de tráfico de drogas, à pena de 5 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, mais pagamento de 500 dias-multa.

Sustentou a defesa que não foram realizadas diligências prévias à invasão do domicílio do acusado.

Destacou que a ação policial derivou de exclusiva denúncia anônima, situação de manifesto desrespeito à garantia constitucional do réu.

Ponderou que a abordagem do corréu se deu em busca exploratória, expediente não admitido pela jurisprudência desta Casa.

Em resumo, ressaltou não ter sido apresentada nenhuma justificativa concreta para a abordagem policial do corréu Kaio Gomes dos Santos, a qual foi realizada unicamente para apuração de suspeita de prática de crime por Guilherme Nunes de Siqueira, comunicada informalmente e sem qualificação do noticiante. Não havia fundadas razões que legitimassem a busca inicialmente feita, razão pela qual requereu fosse reconhecida a sua ilicitude.

Asseverou que, relativamente *"à invasão do domicílio do paciente Guilherme, quer-se consignar que a policial Civil Marilene faltou com a verdade em delegacia de polícia e precisou se desdizer em juízo"* (e-STJ fl. 196).

Destacou o *"erro de premissa existente na decisão agravada quando da (não) análise da prova ampla e claramente trazida, pelo que a fundamentação deve ser*

afastada para o fim de conceder a ordem para declarar a nulidade das provas e a absolvição do agravante Guilherme Nunes" (e-STJ fl. 198).

Subsidiariamente, pediu fosse aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O eminente Ministro relator encaminhou o seu voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

Pedi vista dos autos para melhor analisar os argumentos contidos na inicial.

Confesso que o caso me impressionou, notadamente à vista do denodo e da inteligência com que as questões foram impostas pelo recorrente.

Entretanto, ao cabo de seguidas releituras dos documentos que instruem o feito, não me convenci de que se possa, na via eleita, declarar a ilicitude das provas obtidas, com a consequente absolvição do réu.

É fundamental rememorar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616/RO, submetido à sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento de que a "*entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados*". Confira-se, oportunamente, a ementa do acórdão proferido no referido processo:

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 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 n. 603.616/RO, relator Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 5/11/2015, DJe 10/5/2016, grifei.)

O Ministro Rogerio Schietti Cruz, ao discorrer acerca da controvérsia objeto desta irresignação, no REsp n. 1.574.681/RS, bem destacou que *"a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar"* (Sexta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe 30/5/2017).

Pontuou o Ministro que *"tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade"*, mas que *"há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo"*.

Ademais, no julgamento no HC n. 598.051/SP, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, estabeleceu diretrizes e parâmetros para a comprovação do consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel. A propósito, confira-se (grifei):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que 'a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial'.

[...]

2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a

possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata - é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

[...]

2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação - amiúde irreversível - de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

3. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese 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' (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude 'suspeita', ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

[...]

5.3. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial - meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada - legitimar a entrada em residência ou local de abrigo.

[...]

7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento

do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral - pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro - e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.

8. Ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder, na moldura do Direito, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares.

[...]

9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública.

10. A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.

11. Assim, como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.

13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal. (HC n. 598.051/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/3/2021, DJe 15/3/2021.)

Ao assim decidir, assinalou esta Corte que a voluntariedade do consentimento deve ser expressa e livre de qualquer coação e intimidação, de modo que, para a garantia dos direitos fundamentais e para a proteção da própria polícia, aos agentes estatais impõe-se "o registro detalhado da operação de ingresso em domicílio

alheio, com a assinatura do morador em autorização que lhe deverá ser disponibilizada antes da entrada em sua casa, indicando, outrossim, nome de testemunhas tanto do livre assentimento quanto da busca, em auto circunstanciado".

Traçados esses vetores interpretativos, recupero, por oportuno, estas palavras do Desembargador relator (e-STJ fls. 52/62):

Com efeito, impende destacar que o crime de tráfico de entorpecentes é permanente, isto é, com consumação que se prolonga no tempo, configurando, pois, a hipótese de flagrante delito.

Referida exceção à garantia de inviolabilidade foi necessária, em virtude da imperatividade de proteção de determinados bens jurídicos [no caso, a saúde pública], independentemente da vontade de quem seja o proprietário ou morador da residência abordada.

Desse modo, a teor do disposto no artigo 303 do Código de Processo Penal, entende-se que o agente está em flagrante delito todo o tempo até cessar a permanência do ilícito.

Sobre o tema, lecionam ANDREY BORGES DE MENDONÇA e PAULO ROBERTO DE GALVÃO CARVALHO:

[...]

Nos termos do quanto decidido pela Suprema Corte, portanto, faz-se necessária a demonstração de que a entrada forçada em domicílio se baseou em elementos mínimos a caracterizar justa causa para a medida.

E, no caso concreto, conforme se dissertará, vislumbrou-se que a entrada da polícia na casa do Sr. se deu ante a existência de justa causa para justificar a medida, senão GUILHERME vejamos.

*Extrai-se dos autos que a Policial Civil MARILENE LIMA CONSTANTINO DE (mov. 253.4) afirmou, em Juízo, que **a equipe já monitorava o réu há cerca de ALMEIDA dois meses, uma vez que receberam denúncias dando conta de que ele traficava drogas.** No dia dos fatos, estavam em campanha em frente à residência do apelante quando presenciaram o falecido corréu KAIO entrar no prédio, informando ao porteiro que iria falar com o 'Guilherme do 106'. Posteriormente, **quando KAIO deixou o prédio e entrava no uber abordaram-no e encontraram, em sua cueca, duas porções de cocaína, que este admitiu ter comprado de Guilherme.** Abordaram, ainda, o motorista do carro de transporte por aplicativo, que esclareceu que já havia levado KAIO à residência de GUILHERME outras vezes, bem como em alguns outros lugares, sempre para adquirir drogas. **Diante desta situação, solicitaram a presença do síndico e entraram no prédio. Em frente ao apartamento do réu, que se situava no primeiro andar, se identificaram e ouviram barulhos e, ao adentrar em na residência, constataram que a janela do quarto estava aberta, bem como que o jardim privativo externo do apartamento possibilitava que o réu tivesse acesso à garagem do prédio, pulando o muro.** Na residência, encontraram seis invólucros de cocaína no interior do sofá, embaladas similarmente às porções apreendidas com KAIO, além de uma porção grande, com cerca de 100g, ainda não fragmentada, trinta e cinco comprimidos de ecstasy e algumas embalagens vazias.*

*Por sua vez, o policial FELIPE PINHO DE AZEVEDO GAMA(mov. 253.2) atestou em audiência de instrução e julgamento que não participou efetivamente das investigações, mas que prestou apoio à equipe que estava investigando o réu. **Contou que ficou em campanha na frente do prédio, bem como que ouviu KAIO informar ao porteiro que iria à casa de GUILHERME. Relatou que abordaram KAIO quando este saiu do prédio e que encontraram drogas com ele.** Destacou que o motorista do*

informou que já havia levado o corréu uber àquele lugar outras vezes. Informou, por fim, que não adentrou no prédio, tendo permanecido na portaria com KAIO.

Por fim, o réu GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA confessou em seu interrogatório (mov. 515.2) que a droga encontrada com KAIO era a mesma que fora apreendida em sua casa e que havia usado drogas com o corréu naquele dia. Explicou que KAIO tinha um compromisso e, portanto, levou os narcóticos para terminar de usar em casa. Acerca da fuga, relatou que o porteiro o havia avisado, pelo interfone, que 'uns caras' estavam segurando KAIO e que saiu com o carro para verificar a situação. Quando perguntado sobre o motivo de ter saído do apartamento pulando o muro, justificou dizendo que o acesso à garagem era mais fácil desta forma e que até mesmo mantinha uma escada ali no jardim para tanto.

Neste contexto, tem-se que a busca na residência fora motivada pelos fortes indícios [extraídos da palavra do corréu e do motorista do uber, bem como pelas denúncias e pela investigação prévia] de que o réu estaria envolvido com o narcotráfico, cujos indicativos, diga-se, se revelaram corretos, uma vez que foram encontradas significativas quantidades de entorpecentes na área interna da moradia.

Destarte, diante da evidente situação de flagrante delito e da licitude do procedimento adotado pelos policiais, se mostra cogente ser repelida a dissertação. (Grifei.)

Não desconheço o entendimento firmado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, no *Habeas Corpus* n. 598.051/SP, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti, fixou as teses de que "*as circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude 'suspeita', ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente*", e de que até mesmo o consentimento, registrado nos autos, para o ingresso das autoridades públicas sem mandado deve ser comprovado pelo Estado.

Entretanto, no caso que ora se encontra sob nossos cuidados, não diviso violação ao art. 157 do Código de Processo Penal, porquanto a diligência, que resultou na apreensão de aproximadamente 110g (cento e dez gramas) de cocaína e 35 (trinta e cinco) unidades da substância entorpecente popularmente conhecida como *ecstasy*, estava amparada em prévia investigação preliminar iniciada com o objetivo de verificar o teor de denúncia anônima descrevendo a prática do crime de tráfico de drogas no endereço do acusado. Durante a realização das campanhas, a equipe policial visualizou o corréu Kaio Gomes dos Santos, o qual avisou ao porteiro do edifício que iria ao apartamento de Guilherme. Após aproximadamente 30 minutos, o corréu deixou o prédio residencial, oportunidade em que foi realizada sua abordagem, sendo encontrada em sua cueca 1 porção de cocaína, bem como a quantia de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais). Nesse contexto, ao ser

questionado pelos policiais, o corréu afirmou que adquirira os entorpecentes de Guilherme Nunes de Siqueira. No mesmo sentido, o motorista de aplicativo esclareceu que tinha conhecimento do envolvimento do corréu com o tráfico de drogas, assinalando já o ter levado em outras ocasiões ao apartamento de Guilherme. Diante desse cenário, os policiais se identificaram na portaria do edifício e solicitaram a presença do síndico, sendo que, ao se aproximarem do apartamento do recorrente, bateram na porta e se identificaram, não sendo atendidos, momento em que ouviram barulhos de portas e janelas. Nesse tear, entraram no mencionado apartamento, o qual se encontrava vazio, com a janela do quarto aberta, encontrando uma escada encostada no muro de acesso à garagem. Ato contínuo, a equipe policial se deslocou ao estacionamento do prédio e constatou que a cerca elétrica estava danificada, tendo o acusado empreendido fuga por um terreno baldio, não sendo mais localizado.

Na minha compreensão, tais elementos – palavras do corréu, depoimentos do motorista de aplicativo e denúncias anônimas averiguadas por investigações prévias realizadas por aproximadamente 2 meses –, em seu conjunto, configuraram a justa causa para a entrada no imóvel.

Em casos como o presente, confira-se a jurisprudência desta Casa:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DE PROVAS. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. DILIGÊNCIA PRÉVIA. CAMPANA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA TÍPICA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIAS DEMONSTRAM A PRÁTICA DO ART. 33 DA REFERIDA LEI. REINCIDÊNCIA. 1/6 DE ELEVAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso, policiais civis realizaram campana nas imediações da residência do paciente, após receberem diversas denúncias anônimas de tráfico de drogas. Durante a diligência, presenciaram o paciente entregando drogas a um usuário pela janela, o que constitui fundadas razões para ingresso no imóvel e afasta a tese da defesa de posse para uso próprio (art. 28).

Para alterar o entendimento da origem seria necessário o revolvimento da matéria fático-probatória, providência incabível na via eleita. Precedente.

2. A reincidência foi devidamente aplicada em 1/6, nos termos do art. 61, I, do Código Penal - CP, o que afasta a possibilidade de aplicação da minorante do § 4º e fixação de regime mais brando, por expressa disposição legal.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 870.320/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 18/4/2024, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. AGRAVO

REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). No mesmo sentido, no STJ: REsp n. 1.574.681/RS.

3. No caso, além de receber denúncia anônima de que o réu estaria praticando tráfico de drogas no local, os policiais passaram a averiguar os fatos nos dias posteriores e realizaram campana para monitorar as atividades. Ao identificar movimentação típica de tráfico de drogas e depois de acompanhar o acusado em pelo menos três entregas realizadas a usuários, realizaram a abordagem em via pública (com a apreensão de três pacotes com entorpecentes). Na sequência, em busca domiciliar, foi localizado o restante das drogas apreendidas (1,104kg de maconha e 706g de cocaína).

4. Uma vez que havia fundadas razões, foi regular o ingresso da polícia no domicílio do acusado, sem autorização judicial.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RHC n. 183.392/RR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/10/2023, DJe de 30/10/2023, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA VERIFICADA. REALIZAÇÃO DE CAMPANA NO LOCAL. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. PENAS PROPORCIONAIS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.616/RO, firmou entendimento no sentido de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 5/11/2015, DJe de 10/5/2016).

2. O ingresso em domicílio por terceiro, independentemente de consentimento do morador, é legítimo quando justificado pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem ocorrer, no interior da residência, situação de flagrante delito.

3. A diligência policial foi precedida de prévio monitoramento do local para a certificação da denúncia anônima de traficância na localidade, quando os agentes de segurança, em campana, puderam verificar a movimentação de pessoas em frente à referida residência, bem como abordaram possível usuário de entorpecentes, o qual informou que os réus vendiam maconha e cocaína no local.

4. "A confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja

fundamentação idônea e bastante para tanto (STF, RHC 101. 576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, PUBLIC 14-08-2012)" (AgRg no REsp 1.433.071/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). Isso significa que não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração específica para cada circunstância judicial, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo supracitado ou mesmo outro valor.

5. Foi valorada negativamente uma vetorial do art. 59 do CP para cada um dos réus. Por isso, considerando o intervalo de 120 meses entre as penas máxima (15 anos) e mínima (5 anos) do delito capitulado no art. 33 da Lei 11.343/2006, não é excessiva a elevação da pena-base em 12 meses.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.065.614/MT, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 2/10/2023, grifei.)

Não vislumbro, portanto, a existência de nenhuma violação ao disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, tendo em vista a devida configuração, na hipótese, de fundadas razões, extraídas com base em elementos concretos e objetivos do contexto fático, a permitir a exceção à regra da inviolabilidade de domicílio prevista no referido dispositivo constitucional.

Em vista disso, no pormenor, estou pondo-me em conformidade com o voto do eminente Ministro relator.

Passo, pois, à análise do pedido de redução da reprimenda, nos moldes do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

De fato, a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que matérias não apreciadas pela instância ordinária não são passíveis de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça sob pena de indevida supressão de instância e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal.

No entanto, não obstante o referido óbice, é possível que, em determinados casos, a existência de ilegalidade seja flagrante e passível de ser sanada por esta Corte, por intermédio da concessão de ordem, ainda que de ofício.

É o caso que se encontra sob nossos cuidados.

Reparem: para afastar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, as instâncias de origem não questionaram, em nenhum momento, a primariedade e os bons antecedentes do sentenciado, tampouco aludiram ser ele integrante de organização criminosa. A dedicação à atividade criminosa foi assentada tão somente na quantidade de material tóxico apreendida, conclusão que vai de encontro ao decidido no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha.

Transcrevo, por oportuno, estes excertos do acórdão:

Diferentemente da segunda e terceira fases da dosimetria, guiadas, em regra, pela necessidade de observância de circunstâncias específicas, cuja aplicação encontra-se previamente determinada pelo legislador, a primeira fase de aplicação da pena confere maior discricionariedade ao julgador. Nessa etapa inaugural, os elementos negativos são identificados e calibrados pelo magistrado de primeiro grau (daí sua denominação como circunstâncias judiciais), provocando uma elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Durante a primeira fase, são analisados os mais variados aspectos que cercam a prática delituosa, com especificação dos elementos pertencentes aos genéricos vetores do art. 59, por determinação do art. 68, ambos do Código Penal. Pode-se afirmar que todos os elementos subjetivos e objetivos presentes no panorama que envolve o crime praticado podem, aqui, ser explorados (salvo se expressamente previstos em etapas subsequentes), já que o universo delimitado por aquele artigo é muito amplo, englobando o exame das circunstâncias, dos motivos e consequências do crime, do comportamento da vítima, da conduta social e da personalidade do agente, de sua culpabilidade e de seus antecedentes criminais. Dificil – e por que não dizer impossível? – imaginar elementos que estejam envolvidos com a prática delituosa e não sejam relacionados aos vetores indicados. Daí advém a característica de ser, em regra, uma fase residual, já que as posteriores são estruturadas com elementos específicos dela "pinçados" pelo legislador e reservados para fases posteriores. Dessa forma, há uma especialidade entre as etapas da dosimetria inversamente proporcional à ordem cronológica de sua ocorrência. Aos fatores legais da terceira fase (reservada às causas de aumento ou de diminuição de pena) atribui-se maior relevância do que aos da segunda e a estes, maior peso do que aos vetores da primeira. Em regra, somente podem ser utilizados para a fixação da pena-base (primeira etapa) elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. A aplicação do princípio da especialidade impede a ocorrência de bis in idem, intolerável em nossa ordem constitucional. Assim, elementos escolhidos pelo legislador para serem avaliados na segunda ou terceira fases da dosimetria não devem ser avaliados pelos julgadores nas fases anteriores (salvo de maneira excepcional, quando sobejantes).

Feitas essas considerações, volto nossa atenção a peculiaridades da dosimetria de pena previstas na lei de regência do tráfico de drogas, crime de perigo abstrato. A essência desse delito fez com que o legislador elege-se dois elementos específicos, "a natureza e a quantidade da substância apreendida", para serem necessariamente observados em etapas ou fases nas quais a análise dos vetores do art. 59 do CP se imponha por exigência legal. Dessa forma, o legislador elegeu esses elementos (que já estariam compreendidos no genérico vetor "circunstâncias") para consideração na primeira fase da dosimetria, elevando-os ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, que se diferenciam das demais pelo grau de especialidade que lhes foi conferido. Uma interpretação teleológica dessa especialidade ancora-se, certamente, na direta ligação desses elementos com o bem jurídico protegido. De fato, a existência de algum tipo ou de determinada quantidade de substância entorpecente é pressuposto que necessariamente molda o quadro fático-probatório envolvido na traficância, sendo a ela diretamente ligado, o que, ao certo, levou o legislador a determinar sua utilização na fixação da pena-base.

[...]

Dessa forma, nos crimes tipificados pela lei indicada, "a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendidos" (assim como a personalidade e a conduta social do agente) devem não apenas ser utilizadas para motivação da reprimenda básica como ser avaliadas com preponderância sobre quaisquer outros elementos que envolvam a prática do

delito; isso em toda análise que exija, por determinação legal, a observância do art. 59 do Código Penal (não apenas aquela reservada à definição da pena-base mas também a de escolha do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do § 3º do art. 33, a de substituição de exigências para suspensão condicional da pena, nos termos do § 2º do art. 78, todos do Código Penal).

[...]

Assim, considero que, na primeira etapa da dosimetria da pena em condenações de tráfico de drogas, deve-se necessariamente considerar o elemento preponderante "natureza e quantidade do entorpecente apreendido" para fixação da pena-base. Não há margem, na redação do artigo, para afastamento desse vetor por discricionariedade judicial, já que o princípio da especialidade exige sua prevalência.

Nessa linha de raciocínio, considero que não podem eles, por consequência, ser reservados para etapas subsequentes para as quais o legislador não tenha previsto, de forma específica, sua utilização (e o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não prevê esses elementos como requisito para a causa de diminuição de pena que estabelece, é bom lembrar).

[...]

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de primeira instância. Para garantia de uniformização da interpretação da legislação federal aplicável, proponho ainda o acolhimento expresso pela Terceira Seção das premissas de que:

1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006;

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa;

3 - podem ser utilizados para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base.

Recebeu o julgado esta ementa:

PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados

aspectos que cercam a prática delituosa; os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3. Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, que impede a ocorrência de bis in idem, intolerável na ordem constitucional brasileira.

4. O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

6. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.

10. Recurso provido para restabelecimento da sentença.

(REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 9/6/2021, DJe 1º/7/2021.)

Imperioso, pois, o ajuste da sanção aplicada ao delito de tráfico de drogas.

Na primeira fase, mantenho a pena-base no mínimo legal – 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda etapa, a sanção permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes outras causas modificadoras, reduzo a pena em 1/2, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tornando a reprimenda definitiva

em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa.

No ponto, abro um parêntese para assinalar que, segundo os autos, foram apreendidos com o réu **110g (cento e dez gramas) de cocaína e 35 unidades da substância entorpecente popularmente conhecida como ecstasy**. Como tal vetorial não foi considerada quando da fixação da sanção básica, possível seu emprego com o fim de modular a fração de diminuição de pena.

Nesse tear, diante dos parâmetros acima e dada a quantidade de pena aplicada, fixa-se o **regime aberto** para o início do cumprimento da pena.

Por fim, preenchidos os requisitos estabelecidos pelo art. 44 do Código Penal, o recorrente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

Este o quadro, acompanho o Ministro relator e nego provimento ao agravo regimental. Entretanto, concedo *habeas corpus* de ofício para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, assim, reduzir a reprimenda para 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da Execução Penal.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0158272-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
HC 822.952 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00201870820198160013 201870820198160013

PAUTA: 15/04/2024

JULGADO: 18/06/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUILHERME SERGIO FAUTH
ADVOGADO : GUILHERME SÉRGIO FAUTH - PR094461
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME NUNES SIQUEIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

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 : GUILHERME NUNES DE SIQUEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME NUNES SIQUEIRA
ADVOGADO : GUILHERME SÉRGIO FAUTH - PR094461
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro acompanhando o Sr. Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) e a reconsideração de voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior no mesmo sentido, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, e, por maioria, concedeu habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Antonio Saldanha Palheiro.

Vencidos os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0158272-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
HC 822.952 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Rogério Schietti Cruz.