



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 824449 - SP (2023/0168055-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : JOHNATAN COELHO CARDOSO (PRESO)
ADVOGADO : JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
AGRAVANTE : FERNANDO AGUILAR DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
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*. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE DAS PROVAS DECORRENTES DO INGRESSO DOS POLICIAIS EM ESTACIONAMENTO E DA BUSCA VEICULAR. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA AS DILIGÊNCIAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não obstante os esforços do agravante, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. Esta Corte Superior possui o entendimento de que as hipóteses de validação da violação domiciliar devem ser restritivamente interpretadas, revelando-se necessário para legitimar o ingresso de agentes estatais em domicílios, a demonstração, de modo inequívoco, do consentimento livre para entrada ou de que havia fundadas suspeitas da ocorrência do delito no interior do imóvel. Ademais, assim como a busca pessoal, a abordagem e busca veicular deve obedecer ao disposto no art. 240 do Código de Processo Penal – CPP, ou seja, para as diligências é necessária a presença de fundada suspeita no sentido de que a pessoa abordada esteja na posse de drogas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

3. No caso dos autos, resta evidenciada fundada razão para o ingresso no estacionamento e na busca veicular sem a existência de prévio mandado judicial, uma vez que realizadas em razão das denúncias prévias de que lá estaria ocorrendo um grande descarregamento de drogas, associadas ao forte odor de entorpecentes e, por fim, da sinalização feita pelos cães farejadores de que no ônibus haveria substâncias ilícitas, não havendo falar, portanto, em nulidade na hipótese dos autos.

4. Nesse contexto, resta evidenciada fundada razão para as diligências, sem a existência de prévio mandado judicial, não havendo

falar, portanto, em nulidade na hipótese dos autos.

5. Desconstituir as conclusões da instância ordinária a respeito da dinâmica do flagrante demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

6. Não se constata ilegalidade no aumento da pena-base no dobro, tendo em vista a enorme quantidade de droga apreendida – 507kg de maconha –, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n.11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59, do CP.

7. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 04 de março de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 824449 - SP (2023/0168055-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : JOHNATAN COELHO CARDOSO (PRESO)
ADVOGADO : JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
AGRAVANTE : FERNANDO AGUILAR DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
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*. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE DAS PROVAS DECORRENTES DO INGRESSO DOS POLICIAIS EM ESTACIONAMENTO E DA BUSCA VEICULAR. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA AS DILIGÊNCIAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não obstante os esforços do agravante, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. Esta Corte Superior possui o entendimento de que as hipóteses de validação da violação domiciliar devem ser restritivamente interpretadas, revelando-se necessário para legitimar o ingresso de agentes estatais em domicílios, a demonstração, de modo inequívoco, do consentimento livre para entrada ou de que havia fundadas suspeitas da ocorrência do delito no interior do imóvel. Ademais, assim como a busca pessoal, a abordagem e busca veicular deve obedecer ao disposto no art. 240 do Código de Processo Penal – CPP, ou seja, para as diligências é necessária a presença de fundada suspeita no sentido de que a pessoa abordada esteja na posse de drogas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

3. No caso dos autos, resta evidenciada fundada razão para o ingresso no estacionamento e na busca veicular sem a existência de prévio mandado judicial, uma vez que realizadas em razão das denúncias prévias de que lá estaria ocorrendo um grande descarregamento de drogas, associadas ao forte odor de entorpecentes e, por fim, da sinalização feita pelos cães farejadores de que no ônibus haveria substâncias ilícitas, não havendo falar, portanto, em nulidade na hipótese dos autos.

4. Nesse contexto, resta evidenciada fundada razão para as diligências, sem a existência de prévio mandado judicial, não havendo

falar, portanto, em nulidade na hipótese dos autos.

5. Desconstituir as conclusões da instância ordinária a respeito da dinâmica do flagrante demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

6. Não se constata ilegalidade no aumento da pena-base no dobro, tendo em vista a enorme quantidade de droga apreendida – 507kg de maconha –, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n.11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59, do CP.

7. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo Regimental interposto por JOHNATAN COELHO CARDOSO e FERNANDO AGUILAR DOS SANTOS, contra decisão de minha lavra na qual não conheci do *habeas corpus* (fls. 106/124).

No presente recurso, a defesa reitera as alegações de ilicitude da apreensão das drogas, diante da violação de domicílio. Afirma que os policiais teriam adentrado no estacionamento privado sem mandado judicial tampouco investigação prévia que legitimasse a diligência, a qual ocorreu com base tão somente em denúncia anônima.

Quanto à dosimetria, pondera que a quantidade de entorpecente apreendido não seria motivação hábil a justificar a exasperação da pena-base, e pondera que o patamar é excessivo.

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou o julgamento pelo órgão colegiado, a fim de que a ordem seja concedida nos termos requeridos inicialmente.

Petição apresentada pela defesa às fls. 137/138, na qual reitera o pedido de reconsideração do *decisum* e pleiteia preferência de julgamento.

VOTO

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Em que pese não haja nos autos comprovação de que o veículo vistoriado estivesse estacionado em local privado, de relevo trazer algumas considerações acerca da proteção domiciliar a fim de se avaliar eventual ilegalidade no flagrante.

O art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal – CF assegura a inviolabilidade do domicílio. No entanto, de relevo salientar que, consoante disposição expressa do dispositivo constitucional, tal garantia não é absoluta, admitindo relativização em caso de flagrante delito.

Acerca da interpretação que deve ser conferida à norma que excepciona a

inviolabilidade do domicílio, o Supremo Tribunal Federal – STF, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, assentou 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"*.

No mesmo sentido, esta Corte Superior possui o entendimento de que as hipóteses de validação da violação domiciliar devem ser restritivamente interpretadas, mostrando-se necessário para legitimar o ingresso de agentes estatais em domicílios, a demonstração, de modo inequívoco, do consentimento livre para entrada ou de que havia fundadas suspeitas da ocorrência do delito no interior do imóvel.

Ademais, *"a disciplina que rege a busca e a abordagem veicular tem tratamento jurídico semelhante ao dado à busca pessoal, regida pelo art. 240 do Código de Processo Penal. Exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar"* (AgRg no HC n. 770.281/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 4/10/2022).

E nos termos do art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal, para a realização de busca pessoal é necessária a presença de fundada suspeita no sentido de que a pessoa abordada esteja na posse de drogas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

A respeito do ponto em análise, o Magistrado de primeiro grau assim se pronunciou na sentença condenatória:

"Preliminarmente, repilo a questão prévia suscitada, anotada decisões, sobre a regularidade do flagrante e licitude das provas, em audiência de custódia (fls.59/65), de fls. 183/183, e em sede de Habeas Corpus, números 2152860-83.2022.8.26.0000 e 2153436-76.2022.8.26.0000, cujo trâmite se deu perante a C. 11ª Câmara de Direto Criminal, denegadas (fls. 203/208 e 209/214). Sobre a matéria, o Eminent Desembargador Relator decidiu que:

"Pois bem, não há dúvida de que a diligência policial se deu em razão de informação do transeunte acima referido no sentido de que havia sido descarregado no local dos fatos uma grande quantidade de entorpecente, de sorte que o ingresso dos policiais no estacionamento de ônibus ocorreu durante um serviço de investigação de possível ocorrência de tráfico de drogas, tratando-se este de crime de natureza permanente cuja execução se protraí no tempo, nessas circunstâncias afastando-

se a regra da inviolabilidade do domicílio prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal e caracterizado o flagrante delito. Outrossim, a atuação do paciente assim como a de seu comparsa foi bem delineada no histórico da ocorrência, e os elementos de prova até então colhidos apontam para o envolvimento deles com as drogas apreendidas, não se podendo falar em nulidade de flagrante, até porque a fundada suspeita se confirmou com a apreensão do entorpecente." (fls. 203/207 e fls. 209/214) "

Como restou devidamente comprovado durante a instrução do feito, os policiais militares se encontravam no local dos fatos porque haviam recebido denúncia de descarregamento de grande quantidade de entorpecente. Nesse contexto e diante do odor que exalava do local, com auxílio de cães farejadores, as substâncias entorpecentes - mais de meia tonelada de maconha - foram localizadas, escondidas em compartimento falso, situado atrás do assento do motorista do ônibus. O delito de tráfico de entorpecentes é permanente, de conteúdo múltiplo variado, e, portanto, a conduta descrita pela denúncia, devidamente comprovada ao término da instrução criminal, legitima a conduta dos policiais militares que, diante de fundada suspeita, ingressaram no estacionamento, e indicado pelos cães farejadores, localizaram a droga, no ônibus, em compartimento falso e constataram a situação de flagrância, delimitada pelo artigo 302, inciso I, do Código de Processo Penal, ajustando-se a conduta dos réus ao delito de tráfico de entorpecentes, na medida em que mantinham em depósito e guardavam substâncias entorpecentes para transporte – provavelmente a outra unidade da federação (Minas Gerais)" (fls. 38/39).

Ao julgar a apelação, o Tribunal de origem, por sua vez, afastou a nulidade apontada, com as seguintes fundamentos:

"No caso em análise, não se cogita de nulidade por suposta violação à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, aliás, nem é o caso em análise, pois, a apreensão de quantidade expressiva de maconha (cerca de meia tonelada da droga), que estavam escondidas no interior de um ônibus, foram localizadas e apreendidas dentro de um estacionamento, após prévia denúncia, portanto, obviamente, não há, nem de longe, equiparação de um estacionamento de veículos com um domicílio, logo, não há se falar em ilegalidade do ato e, conseqüentemente, nulidade. E, ainda que assim não fosse, segundo entendimento majoritário de nossas Cortes superiores, a entrada forçada em domicílio e, no caso, em um estacionamento, é lícita quando amparada, obviamente, em razões que demonstrem a situação de flagrante delito, exatamente como no caso em estudo. Isso porque o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes é crime permanente. Assim, a qualquer momento, é possível a entrada no imóvel e, no caso, no estacionamento, sem ordem judicial, com a prisão em flagrante de acusado e

com a apreensão de drogas, como no caso em análise, razão pela qual não houve ilegalidade por violação de domicílio/estacionamento em decorrência da invasão por policiais. Nem tampouco são nulas as provas produzidas a partir do flagrante e o encontro de substâncias ilícitas, vez que legítimas.

[...]

Acrescente-se, ainda, que o ingresso dos policiais no estacionamento, sem a posse de mandado da autoridade competente não representa nulidade, eis que se a casa é asilo inviolável do indivíduo, nos termos do art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal, naturalmente esse direito cede na hipótese de cometimento de crime de natureza permanente, como no caso dos autos, ainda mais quando não se trata, como já mencionado, de domicílio, mas sim de um simples estacionamento de veículos.

E esta natureza permanente está caracterizada na simples existência do crime, e não somente após a sua descoberta, razão pela qual o ingresso dos policiais no referido estacionamento restou legitimado. Sobre o tema, com propriedade, assim se manifestou o nobre Promotor de Justiça atuante em Primeiro Grau:

“No caso dos autos, existiam fortes indícios de que no local existiam drogas, de modo a autorizar o ingresso no imóvel. Isso porque os policiais relataram, de forma segura e coerente, que foram informados por populares sobre o descarregamento de grande quantidade de drogas, sendo certo que ao chegaram no local, os réus demonstraram nervosismo, fato que ensejou a abordagem. Além disso, havia no local forte odor de entorpecente. pela abordagem do apelante, o qual franqueou a entrada dos policiais no imóvel. Portanto, a informação recebida pelos policiais não consistiu em mera denúncia anônima, pois além da notícia inicial, restou demonstrado que os apelantes apresentaram demasiado nervosismo. Dessa forma, os policiais tinham sólidas razões para acreditar que no local existiam drogas e que os apelantes estavam, portanto, praticando o crime de tráfico de entorpecentes que, aliás, possui natureza permanente na modalidade “armazenar”. Ou seja, os policiais estavam diante de uma situação de flagrante delito. Assim, o consentimento dos apelantes era prescindível, pois em caso de flagrante delito, é possível entrar na casa de alguém sem sua autorização. Este é o teor do art. 5º, inciso XI, da CF: “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”. Portanto, não se configurando qualquer inobservância ao ordenamento jurídico, a prisão em flagrante, assim como as provas produzidas nos autos, reputa-se válidas, devendo ser afastada a nulidade suscitada pela defesa”(sic, fls. 345/346).

E conclui, de forma sucinta, o digníssimo Procurador de Justiça oficiante em Segundo Grau:

“No que tange à preliminar de ilegalidade da prova, em razão da busca realizada pela Polícia, ausente qualquer vício que pudesse macular a prova. O ônibus em que houve a busca policial estava parado em um estacionamento, local este que não se equipara a domicílio, motivo pelo qual nenhum direito foi desrespeitado. Além disto, acerca da garantia da inviolabilidade do domicílio, não pode ser utilizada para simplesmente cancelar a prática de crimes como se estes não tivessem ocorrido. Existiam indícios suficientes para justificar a abordagem dos

réus, conforme restará demonstrado em seguida, o que evidencia que foi legal a prisão em flagrante que ocorreria na sequência" (sic, fl. 308).

Desta forma, a busca domiciliar (no caso, o estacionamento), com o que dos autos consta, ocorreu sem excesso e dentro dos limites legais, restando justificada pela hipótese de flagrante. Destarte, nenhum direito foi violado, logo, não há que se falar em nulidades ou ilicitudes das provas obtidas. Ademais, a Defesa não conseguiu comprovar qualquer prejuízo sofrido pelos recorrentes, a fim de ensejar a suposta nulidade. A propósito, o Código de Processo Penal, ao tratar do tema "nulidades", em seu art. 563, determina que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (fls. 66/70).

No caso dos autos, assentou-se no acórdão impugnado que a prisão em flagrante ocorreu em um estacionamento de ônibus, local onde o veículo havia parado e, de acordo com informações recebidas pelos policiais através de populares, ocorreria um grande descarregamento de drogas.

Consta que ao chegarem ao local, os policiais encontraram o paciente FERNANDO no interior do ônibus de sua propriedade e JOHNATAN estava do lado externo e que "[...] ambos mudaram o comportamento, pela aproximação dos policiais, o que deu causa à abordagem. Em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado, mas, ante o forte odor de entorpecentes, o canil da Polícia Militar foi acionado, e, então, foram localizados, escondidos sob o assoalho de veículo, 573 tabletes de 'maconha'".

Nesse contexto, resta evidenciada fundada razão para o ingresso no estacionamento e nas buscas pessoal e veicular sem a existência de prévio mandado judicial, em razão das denúncias prévias de que lá estaria ocorrendo um grande descarregamento de drogas, associadas ao forte odor de entorpecentes e, por fim, da sinalização feita pelos cães farejadores de que no ônibus haveria substâncias ilícitas, não havendo falar, portanto, em nulidade na hipótese dos autos.

Cumprе salientar, ainda, que desconstituir as conclusões da instância ordinária a respeito da dinâmica do flagrante demandaria aprofundado revolvimento do conjunto probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS SUSPEITAS IN CASU. ENTRADA NO DOMICÍLIO FRANQUEADA PELO PACIENTE. AMPLO

REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO PARA
AFASTAR AS CONCLUSÕES DA ORIGEM.
IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE.
EXASPERAÇÃO. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO
PRETÉRITA DEFINITIVA. FUNDAMENTAÇÃO
ADEQUADA. PRIVILÉGIO. REDUTORA DO ART. 33, § 4º,
DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. MAUS
ANTECEDENTES DO PACIENTE. REGIME PRISIONAL
INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO
DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO
ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO
CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - **No caso concreto, a fundada suspeita dos policiais residu no fato de que havia denúncia prévia de que o paciente e o corréu, já conhecidos nos meios policiais, praticavam a traficância em sua residência. Em patrulhamento prévio, não obstante, o paciente franqueou a entrada na residência aos policiais, os quais, com uso de cães farejadores, encontraram drogas na residência. Houve confissão informal. Já as drogas efetivamente apreendidas (77 porções de crack: peso líquido de 10,9g), somada aos petrechos e ao dinheiro encontrados, somente reforçaram a necessidade da atuação estatal.**

III - **Afastada qualquer flagrante ilegalidade, importante esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático-probatório nesta via estreita do writ, 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 e o aprofundado exame do acervo da ação penal.**

IV - Na dosimetria, tem-se que o paciente teve sua pena-base exasperada adequada e proporcionalmente em 1/6, com fundamentação própria, específica e concreta, por possuir duas condenações pretéritas, sendo que, ao menos, a condenação por roubo simples, proferida pela 24ª Vara Criminal da Comarca da Capital - SP (autos de origem n. 0083962-34.2001.8.26.0050), era definitiva.

V - Quanto ao privilégio, não apenas a natureza e a quantidade da droga apreendida se valeram para afastar a redutora. Somaram-se os maus antecedentes e o modus operandi. Com efeito, o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias se coadunam com o desta eg. Corte Superior, que é firme no sentido de que "No caso, tratando-se de réu que ostenta maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos

requisitos legais, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem" (AgRg no HC n. 557.615/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 16/4/2020).

VI - Mantida a pena nos moldes estabelecidos pela fundamentação das instâncias ordinárias (5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto), não se verifica a hipótese de fixação de regime inicial mais brando ou substituição da pena aplicada, diante do quantum da pena aplicada (superior a 4 anos), somado aos maus antecedentes .

VII - Tal entendimento se coaduna ao julgado no RE n. 666.334/AM, em sede de repercussão geral (Tese n. 712), no qual o col. Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases do sopesamento das penas.

VIII - No mesmo sentido, o recente entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, verbis: "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 (...) O tráfico privilegiado é instituto criado par a 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 (...) 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) (...) 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" (REsp n. 1.887.511/SP, Terceira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 1º/7/2021).

Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 713.775/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe de 15/3/2022.)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA PESSOAL. INOCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O agravante foi condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 799 dias-multa.

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais na busca pessoal, amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou preconceito de raça ou classe social.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 746.064/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 22/8/2022.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LICITUDE DA PROVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO APLICADA EM 1/6. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na esteira do decidido em repercussão geral pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, para a adoção da medida de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em fundadas razões as quais indiquem a situação de flagrante delito no imóvel.

2. No caso, o Tribunal de origem reconheceu a busca domiciliar como válida, porque precedida de justa causa, constando dos autos que os policiais receberam "denúncia-anônima" da ocorrência de intenso tráfico na região, tendo se deslocado ao local para averiguação com o auxílio de um cão farejador, o qual indicou a presença de droga numa residência aparentemente abandonada com a porta entreaberta.

Diante do indicativo que havia droga no imóvel, os policiais resolveram ingressar e lograram em apreender 6 porções maconha, 886 invólucros de maconha, 48 microtubos de cocaína, 3 microtubos de crack, 276 pedras de crack, 604 invólucros de cocaína, além de balanças de precisão e a importância de R\$ 905,00.

3. Observa-se, portanto, que tais circunstâncias não deixam dúvida quanto a presença de fundadas razões de que naquela localidade estaria ocorrendo o delito de tráfico, o que autoriza o ingresso forçado dos policiais na residência do réu.

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

criminosas ou integrarem organizações criminosas.

5. Na hipótese, a Corte de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado, por entenderem que a quantidade, diversidade e natureza dos entorpecentes - 6 porções maconha (865,4g), 886 invólucros de maconha (673g), 48 microtubos de cocaína, (14,4g) 3 microtubos de crack (0,8g), 276 pedras de crack (23,8g), 604 invólucros de cocaína (415,2g) - denota a habitualidade delitiva do paciente no comércio espúrio.

6. Embora os vetores do art. 42 da Lei de Drogas, isoladamente, não sejam suficientes para afastar a redutora do tráfico privilegiado, conforme posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e mais recentemente por este Tribunal Superior, constituem elementos idôneos para modular a referida causa de diminuição, quando não valoradas na primeira etapa da dosimetria, sob pena de incorrer em bis in idem (HC n. 725.534/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, A Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022) 7. Desse modo, tratando-se de réu primário e não havendo outros elementos que denotem a sua habitualidade delitiva, impõe-se o reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6, haja vista a quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

8. Estabelecida a sanção em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos de reclusão, o modo semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 787.458/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 3/4/2023.)

Em outra vertente, ao fixar os parâmetros da dosimetria, o Magistrado sentenciante assim consignou:

"Passo à dosagem das penas, atenta ao disposto nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas.

1- FERNANDO

Na primeira fase de dosimetria, as circunstâncias do delito – uso de ônibus com compartimento secreto para transporte de grande quantidade de drogas, inclusive para outro estado da Federação - demonstra dolo exacerbado, o que implica exasperação no dobro, levando as penas a 11 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1166 (um mil, cento e sessenta e seis) dias-multa.

Na segunda fase, não há circunstâncias legais a se considerar.

Na terceira fase, inviável o reconhecimento de tráfico privilegiado ante a quantidade significativa de drogas – mais de meia tonelada – a evidenciar enredamento do réu em organização criminosa, especialmente ao se considerar que o réu era proprietário de um ônibus, dotado de fundo falso, preparado para o

transporte de drogas, inclusive para outro estado da federação. Penas definitivas, portanto, fixadas em 11 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1166 (um mil, cento e sessenta e seis) dias-multa.

2- JOHNATANN

Na primeira fase de dosimetria, as circunstâncias do delito – uso de ônibus com compartimento secreto para transporte de grande quantidade de drogas, inclusive para outro estado da Federação - demonstra dolo exacerbado, o que implica exasperação no dobro, levando as penas a 11 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1166 (um mil, cento e sessenta e seis) dias-multa.

Na segunda fase, a reincidência (processo 1530157-42.2021.8.26.0228 - 21ª Vara Criminal - fls. 46/47) impõe aumento de 1/6 (um sexto) fixada em 13(treze) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 1360 (um mil, trezentos e sessenta) dias-multa.

Na terceira fase, inviável o reconhecimento de tráfico privilegiado ante a quantidade significativa de drogas – mais de meia tonelada – a evidenciar enredamento do réu, reincidente, em organização criminosa, especialmente ao se considerar o seu alinhamento ao proprietário de um ônibus, dotado de fundo falso, preparado para o transporte de drogas, inclusive para outro estado da Federação. Pelas declarações informais do réu FERNANDO, trazidas, aos autos, pelos policiais militares, a participação do réu JOHNATAN foi de menor importância, limitada ao carregamento dos entorpecentes, e, portanto, à vista da quantidade grande de drogas, procedo à diminuição de 1/6 (um sexto),

restando definitivas as penas de 11 (onze) anos, 4 (quatro) meses e 3 (três) dias de reclusão, além do pagamento de 1133 (um mil, cento e trinta e três)dias multa" (fls. 43/44).

O Tribunal de origem reduziu as penas fixadas em primeiro grau apenas para corrigir os cálculos aritméticos, nos seguintes termos:

"No que concerne ao procedimento dosimétrico, entende-se que há um pequeno reparo a ser feito, de erro de cálculo aritmético, que deve ser retificado a fim de que os sentenciados não sejam prejudicados. Vejamos.

*Na primeira fase, a pena-base para ambos os réus, foi corretamente fixada no dobro do mínimo legal, em razão da enorme quantidade de maconha apreendida, no caso, cerca de meia tonelada da droga (573 "tabletes", com peso de 507 quilos), em atenção ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas, o que reportamos correto. [...] **Contudo, nessa fase inicial, verifica-se que há um erro de cálculo aritmético, pois ao fixar a pena-base no dobro do mínimo legal e, partindo da pena inicial culminada ao crime em análise: Art. 33 da Lei de drogas: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500(quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-***

multa, verifica-se que houve um erro na fixação da base em 11 anos e 8 meses de reclusão e 1166 dias-multa, no mínimo legal, quando o correto, para ambos os réus é a pena inicial de 10 anos de reclusão e pagamento de 1000 dias-multa, no piso, ficando agora retificado, a fim de que os sentenciados não sejam prejudicados.

Na segunda etapa, para o réu Fernando, em razão de sua primariedade e, ausentes circunstâncias legais a ser considerar, a pena se mantém inalterada (10 anos de reclusão e 1000 dias-multa), enquanto que, para o réu Johnatan, diante de sua reincidência (Proc. 1530157-42.2021.8.26.0228, da 21ª Vara Criminal, fls. 46/47), a pena corretamente foi exasperada em 1/6, perfazendo agora, após o realinhamento da base, a reprimenda de 11 anos e 8 meses de reclusão e 1166 dias-multa, no piso.

E, na derradeira fase, ao contrário do pleiteado pela Defesa, corretamente deixou-se de aplicar o privilégio, “ante a quantidade significativa de drogas mais de meia tonelada a evidenciar enredamento do réu em organização criminosa, especialmente ao se considerar que o réu era proprietário de um ônibus, dotado de fundo falso, preparado para o transporte de drogas, inclusive para outro estado da federação” (sic, fl. 241) e, para o réu Johnatan, a pena foi reduzida em 1/6, assim fundamentado pelo juízo a quo, “pelas declarações informais do réu FERNANDO, trazidas, aos autos, pelos policiais militares, a participação do réu JOHNATAN foi de menor importância, limitada ao carregamento dos entorpecentes, e, portanto, à vista da quantidade grande de drogas, procedo à diminuição de 1/6 (um sexto)” (sic, fl. 241), que fica mantida, diante da anuência ministerial e, diante do reajuste da base, a pena para esse réu, fica agora estabelecida em 9 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 971 dias-multa, no piso. Note-se ainda que, ao contrário do alegado pela Defesa, recentemente, o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu que não há bis in idem quando se usam as mesmas circunstâncias para exasperar a pena-base e, também, para evidenciar que o acusado se dedicava a atividade criminosa (HC370.160/RS, 5ª Turma, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04.10.2016,DJe 11.10.2016). A propósito, decerto que o acusado não se enquadra na figura do traficante eventual a que o legislador buscou beneficiar” (fls. 75/78).

A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Sendo assim, é certo que a alteração da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de

poder.

Cumpre salientar que não há critério matemático balizador de aumento da pena-base por cada circunstância judicial considerada negativa, e sim um controle de legalidade para averiguar se houve fundamentação concreta para o incremento.

No caso, encontra-se justificado o aumento da pena-base no dobro não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a enorme quantidade/natureza das drogas apreendidas – 507kg de maconha –, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n.11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59, do CP.

Sendo assim, não é possível desconsiderar a valoração negativa do referido vetor ou mesmo reduzir o *quantum* de aumento, como pretende a defesa.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.
DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA-
BASE. IMPOSSIBILIDADE. VULTOSA QUANTIDADE DE
DROGAS (14.130,350 KG DE MACONHA).
PROPORCIONALIDADE DO AUMENTO NO DOBRO DO
MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO
EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - O cálculo da pena é passível de revisão por este Tribunal somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena (AgRg no AREsp n. 1.843.362/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 14/5/2021; HC n. 405.765/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 18/5/2020).

III - Na hipótese, de modo fundamentado, a pena-base foi exasperada no dobro do mínimo legal, com fundamento na expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos - 14.130,350kg de maconha -, não restando evidenciada eventual ilegalidade. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 770.175/SP, relator Ministro

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. REDIMENSIONAMENTO DO AUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E PROPORCIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MINORANTE. INCIDÊNCIA. DESCABIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório.

2. Nesse contexto, ante à presença de uma circunstância judicial desfavorável (natureza e quantidade de drogas), entendo como proporcional o aumento no dobro promovido pelas instâncias ordinárias, ante a exorbitante quantidade apreendida (104kg de cocaína), não se vislumbrando flagrante ilegalidade na fração escolhida pela origem para recrudescer a reprimenda do agravante, mormente porque atendido o que determina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual afirma dever incidir com preponderância sobre o art. 59 do Código Penal a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente.

3. No que tange à não incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, cediço que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. As instâncias ordinárias impuseram fundamentos concretos para negar o benefício, tais como veículo especialmente modificado e preparado para tal providência, amparado com telefone celular especialmente disponibilizado para contato com os demais envolvidos durante o trajeto ou na sua chegada ao destino, o que evidencia organização e profissionalismo associáveis à organização criminosa responsável pela disponibilização do entorpecente, de modo que concretamente demonstrada a dedicação à atividade criminosa.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 812.602/RO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 26/5/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. BUSCA VEICULAR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PENA-

BASE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. ELEVAÇÃO JUSTIFICADA. MODULAÇÃO DA MINORANTE. MULA. CIRCUNSTÂNCIAS ADICIONAIS. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO.

1. A matéria relativa à incompetência absoluta não foi examinada pelo Tribunal de origem, o que obsta a apreciação por esta Corte Superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, "até mesmo as nulidades absolutas devem ser objeto de prévio exame na origem a fim de que possam inaugurar a instância extraordinária" (AgRg no HC n. 395.493/SP, Sexta Turma, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 25/5/2017).

3. Não há ilegalidade na busca veicular realizada, haja vista que as drogas, escondidas em dois tanques de combustível, foram apreendidas em regular fiscalização realizada pela Polícia Rodoviária Federal, conduta inerente às funções legais e de polícia judiciária no patrulhamento das rodovias. Não foi possível vistoriar de imediato o veículo, dada a pouca visibilidade e o período noturno, sendo retido o bem por situação irregular e para maiores averiguações, diante das respostas incoerentes do agravante a respeito do destino, origem e motivo da viagem.

4. Indicado fundamento concreto para ensejar elevação da pena-base pelo dobro, considerando a grande quantidade apreendida (quase 360kg de cocaína).

5. É válida a motivação para a incidência da minorante do tráfico privilegiado em fração menor dada a situação de mula, sem evidenciar bis in idem ou revelar flagrante ilegalidade, haja vista que, mesmo como transportador, o acusado se deixou cooptar pelo tráfico.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 783.194/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, DJe de 18/5/2023.)

Com o julgamento do presente reclamo, fica superado o pedido de reconsideração formulado às fls. 137/138.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao presente agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 824.449 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0168055-4

Número de Origem:

15134116520228260228 21540462022 834012022

Sessão Virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR
ADVOGADO : JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOHNATAN COELHO CARDOSO (PRESO)
PACIENTE : FERNANDO AGUILAR DOS SANTOS (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 : JOHNATAN COELHO CARDOSO (PRESO)
ADVOGADO : JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
AGRAVANTE : FERNANDO AGUILAR DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 05 de março de 2024