HABEAS CORPUS Nº 829474 - SP (2023/0196895-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ROBSON FAVALLI (PRESO)
PACIENTE	:	VITOR LUIS BARBOSA RODRIGUES (PRESO)
CORRÉU	:	PAMELA MONIQUE BROSKI
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO DA PENA EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO EM FAVOR DE UM DOS PACIENTES. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de dois pacientes condenados pelo crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. A defesa questiona a legalidade da busca pessoal realizada por policiais militares, bem como pleiteia a redução da fração de aumento da pena pela reincidência, aplicada em patamar superior a 1/6, e o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em favor dos pacientes.

II. Questão em discussão

2. Há três questões centrais em discussão: (i) se houve ilegalidade na busca pessoal; (ii) se o aumento da pena em patamar superior a 1/6 pela reincidência específica de um dos pacientes é justificado; (iii) se é cabível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea para os réus, considerando as circunstâncias de suas declarações.

III. Razões de decidir

3. A busca pessoal foi considerada legal, pois realizada em local conhecido por tráfico de drogas, com fundada suspeita devido à movimentação incomum dos acusados.

Documento eletrônico VDA44367552 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:20:42
Código de Controle do Documento: dffb6e3d-e11a-4f73-aa50-9229ea2d1fd5

4. A jurisprudência do STJ sustenta que a busca pessoal é válida quando há fundada suspeita, não havendo nulidade na apreensão de drogas.
5. Conforme jurisprudência consolidada do STJ, o aumento da pena pela reincidência em patamar superior a 1/6 requer fundamentação concreta e idônea, o que não ocorreu no caso em análise. O simples fato de o réu ser reincidente específico não é suficiente para justificar aumento superior a 1/6, devendo-se aplicar tal fração por falta de fundamentação adicional.
6. Em relação à confissão espontânea, apenas o paciente Robson Favalli confessou parcialmente o crime de tráfico de drogas, afirmando que recebeu 40 pinos de cocaína para venda, o que caracteriza a atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal. Quanto ao paciente Vitor Luis Barbosa Rodrigues, sua negativa de envolvimento com o tráfico e a mudança de versão em juízo não permitem o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.
IV. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida. **Redimensionamento da pena de Robson Favalli** para 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 687 dias-multa, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. **Redimensionamento da pena de Vitor Luis Barbosa Rodrigues**, com alteração da fração de aumento pela reincidência para 1/6, fixando a pena em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 07 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44367552 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:20:42
Código de Controle do Documento: dffb6e3d-e11a-4f73-aa50-9229ea2d1fd5

HABEAS CORPUS Nº 829474 - SP (2023/0196895-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ROBSON FAVALLI (PRESO)
PACIENTE	:	VITOR LUIS BARBOSA RODRIGUES (PRESO)
CORRÉU	:	PAMELA MONIQUE BROSKI
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO DA PENA EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO EM FAVOR DE UM DOS PACIENTES. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de dois pacientes condenados pelo crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. A defesa questiona a legalidade da busca pessoal realizada por policiais militares, bem como pleiteia a redução da fração de aumento da pena pela reincidência, aplicada em patamar superior a 1/6, e o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em favor dos pacientes.

II. Questão em discussão

2. Há três questões centrais em discussão: (i) se houve ilegalidade na busca pessoal; (ii) se o aumento da pena em patamar superior a 1/6 pela reincidência específica de um dos pacientes é justificado; (iii) se é cabível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea para os réus, considerando as circunstâncias de suas declarações.

III. Razões de decidir

3. A busca pessoal foi considerada legal, pois realizada em local conhecido por tráfico de drogas, com fundada suspeita devido à movimentação incomum dos acusados.

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

4. A jurisprudência do STJ sustenta que a busca pessoal é válida quando há fundada suspeita, não havendo nulidade na apreensão de drogas.
5. Conforme jurisprudência consolidada do STJ, o aumento da pena pela reincidência em patamar superior a 1/6 requer fundamentação concreta e idônea, o que não ocorreu no caso em análise. O simples fato de o réu ser reincidente específico não é suficiente para justificar aumento superior a 1/6, devendo-se aplicar tal fração por falta de fundamentação adicional.
6. Em relação à confissão espontânea, apenas o paciente Robson Favalli confessou parcialmente o crime de tráfico de drogas, afirmando que recebeu 40 pinos de cocaína para venda, o que caracteriza a atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal. Quanto ao paciente Vitor Luis Barbosa Rodrigues, sua negativa de envolvimento com o tráfico e a mudança de versão em juízo não permitem o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.
IV. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida. **Redimensionamento da pena de Robson Favalli** para 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 687 dias-multa, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. **Redimensionamento da pena de Vitor Luis Barbosa Rodrigues**, com alteração da fração de aumento pela reincidência para 1/6, fixando a pena em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 173/174 (e-STJ):

> *Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de ROBSON FAVALLI e VITOR LUIS BARBOSA RODRIGUES em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 1501489-78.2022.8.26.0599).*
>
> *Os pacientes foram condenados pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, negado o direito de recorrerem em liberdade. Robson foi apenado em 7 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 750 dias-multa. Vitor foi sentenciado a 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 720 dias-multa.*
>
> *O recurso de apelação interposto pela defesa foi parcialmente provido pelo Tribunal de origem "para reduzir as penas de VITOR LUÍS BARBOSA RODRIGUES para 7 (sete) anos de reclusão e 699 (seiscentos e noventa e nove) dias-multa mínimos, mantida, no mais, a*

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

respeitável sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos" (e-STJ fl. 42).

A impetrante alega: a) "ilicitude probatória decorrente da busca pessoal e veicular efetuadas com base em critérios meramente subjetivos" (e-STJ fl. 7); b) "o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a reincidência específica, por si só, não justifica a agravação da pena em patamar superior a 1/6" (e-STJ fl. 12); c) necessidade do reconhecimento da atenuante da confissão, ainda que informal; e d) "a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, pois ambas são preponderantes, conforme entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça" (e-STJ fl. 14).

Requer liminar para os pacientes aguardarem em liberdade o julgamento de mérito da impetração e, definitivamente, deferimento da ordem "para que: b.1) seja reconhecida a ilicitude probatória acima relatada e, por via de consequência, sejam os pacientes absolvidos por ausência de prova da materialidade do delito (CPP, art. 386, II e V); b.2) na hipótese de manutenção da condenação, (i) em relação paciente Vitor, a reincidência seja dosada no patamar de 1/6, e (ii) seja reconhecida a atenuante da confissão em favor de ambos os pacientes, efetuando-se a compensação com a agravante da reincidência (CP, art. 67), ainda que proporcional; c) caso acolhido o pleito absolutório, tratando-se de hipótese de concurso de agentes e não se fundamentando o pedido em questões de ordem exclusivamente pessoal, seja a ordem estendida à corré Pâmela Monique Broski" (e-STJ fls. 16-17).

É o relatório.

A defesa alega, em síntese, o emprego de meio de prova ilícito e a necessidade de revisão da dosimetria da pena.

Requer a concessão da ordem para obter a declaração de nulidade da prova impugnada e o redimensionamento das penas, a fim de utilizar a fração de 1/6 para o aumento da pena intermediária em relação à pena de Vitor, bem como reconhecer a atenuante da confissão em relação a ambos os réus.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, a fim de reduzir a fração de aumento da agravante da reincidência para 1/6 em relação ao paciente Vitor, e para reconhecer a atenuante da confissão espontânea quanto ao paciente Robson, compensando-a com a agravante da reincidência.

É o relatório.

VOTO

A Constituição Federal elenca como uma das garantias dos indivíduos a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CF). Essa garantia, no entanto, pode sofrer restrições em determinadas hipóteses, como, por exemplo, a

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

realização da busca pessoal (BADARÓ, Gustavo. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1091).

Porém, para que se respeite os direitos à intimidade e à vida privada, não se pode admitir a realização de busca pessoal sem que existam limitações às autoridades policiais, que poderão, então, realizar a medida baseadas exclusivamente na sua qualidade de representantes do Estado e em seu próprio subjetivismo.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que "[N]ão satisfazem a exigência legal, por si sós [para a realização de busca pessoal/veicular], **meras informações de fonte não identificada** (e. g. denúncias anônimas) **ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial**. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP" (RHC n. 158.580/BA, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 19/4/2022, DJe 25/4/2022) - grifos acrescidos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem defendido ser necessário "(a) que a polícia indique as circunstâncias objetivas pelas quais se promove uma detenção ou busca sem ordem judicial e sempre com relação concreta com a prática de uma infração penal; (b) que tais circunstâncias devem ser prévias a todo o ´procedimento e de interpretação restritiva; (c) que devem dar-se em uma situação de urgência que impeça o requerimento de uma ordem judicial; (d) que as forças de segurança devem registrar exaustivamente nas atas do procedimento os motivos que deram origem à detenção ou à busca; (e) a não utilização de critérios discriminatórios para a realização de uma detenção" (WANDERLEY, Gisela Aguiar. **Quando é fundada a suspeita? O standard probatório para a busca pessoal.** *In:* Homenagem ao Ministro Rogério Schietti - 10 anos de STJ, Migalhas, p.399).

Por fim, cumpre ressaltar que o direito penal e o processo penal, enquanto instrumentos legais dotados de racionalidade, possuem como principal função, num Estado Democrático, a contenção do poder punitivo do Estado, pois a legitimidade deste poder está condicionada ao seu exercício controlado, à luz do arcabouço normativo (regras e princípios) de tais Diplomas. Nesse sentido, não é demais relembrar as lições de Luigi Ferrajoli, a partir de Ana Cláudia Pinho e

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

Fernando da Silva Albuquerque:

> *[...] Ferrajoli demonstra que a tutela dos direitos fundamentais somente poderá ser efetivada a partir da minimização do exercício do poder, evitando-se o arbítrio (com a adoção de regras racionais de limitação e controle), e da maximização das garantias e liberdades individuais. Para tanto, propõe como critério metodológico o uso irrenunciável da razão nos sentidos epistemológico, axiológico e normativo [...]". ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; PINHO, Ana Cláudia Bastos. Precisamos falar cobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir. Empório do direito, p. 38. "*

Esta Corte Superior, "por ocasião do julgamento do RHC n. 158.580/BA (rel. Min. Rogerio Schietti, 6ª T, DJe 25/4/2022), propôs criteriosa análise sobre a realização de buscas pessoais. Conforme o referido julgado, "o art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata" (HC n. 852.356/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 16/11/2023.).

Nesse sentido:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ILICITUDE DA PROVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL DEVIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.*
> *1. De acordo com o art. 244 do Código de Processo Penal, a busca pessoal poderá ser realizada, independente de mandado judicial, nas hipóteses de prisão em flagrante ou quando houver suspeita de que o agente esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.*
> *2. No caso, não houve a indicação de qualquer atitude suspeita de estar o réu na posse de material objeto de ilícito ou na prática de algum crime. Logo, é ilegal a busca pessoal realizada sem fundadas razões, e, por conseguinte, toda a prova recolhida em consequência dessa medida arbitrária.*
> *3. Recurso não provido.*
> *(AgRg no HC n. 884.607/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 18/4/2024)*

No caso, a Corte de origem tratou da temática da busca pessoal com base nos seguintes argumentos (e-STJ fls. 25/26):

> *Incialmente, afasto a alegação de ilicitude do material probatório arguida pela combativa defesa.*

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

Não se desconhece, por certo, a recente decisão da Instância Especial no RHC nº 158.580/BA, em que rechaçada a hipótese de busca pessoal fundada na simples alegação de "atitude suspeita", sem qualquer explicação sobre o que tal significaria.

Entretanto, para além de se tratar de precedente não vinculante, é certo que não se amolda, de qualquer forma, ao caso em testilha, em que os policiais militares estavam em serviço em via pública, em localidade notoriamente conhecida como ponto de venda de entorpecentes, quando avistaram três indivíduos em movimentação incomum, tendo cada um deles tomado rumo distinto ao notar a aproximação policial.

Somente depois de verificadas tais circunstâncias e diante da fundada suspeita, os agentes policiais procederam à busca pessoal e à apreensão de drogas em poder de Vitor, Robson e Pâmela.

Nesse cenário probatório e jurídico, em virtude da existência de circunstâncias fáticas indicadoras do estado flagrancial dos acusados, justificadas a posteriori (STF Tribunal Pleno, RE 603.616/RO), aliadas à atribuição constitucionalmente conferida aos policiais militares quanto à garantia da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (CF, art. 144, V, e § 5º), não há que se falar em ilicitude da busca pessoal que culminou na prisão flagrancial dos apelantes e apreensão das drogas e dinheiro relacionados ao ilícito, tampouco em ilegalidade no início da persecução penal.

Aliás, diferentemente do quanto alegado pela combativa defesa, não se extrai dos autos qualquer indício de que os acusados tenham sido abordados aleatoriamente.

Nesse particular, aliás, conforme pontuado pela acusação em sede de contrarrazões recursais, em excerto que adoto como razão de decidir, "neste cenário, as atitudes dos apelantes além de levantarem desconfianças, de fato revelavam a prática do ilícito, permitindo as diligências que se seguiram.

Afinal, não é comum que cidadãos, dentro da legalidade, frequentem pontos de venda de droga. Muito menos que se assustem ao perceber a presença de agentes públicos e tentem se evadir, tomando direções opostas.

Tudo isso, somado, é que conferiu aos agentes públicos a certeza de que os referidos estavam mancomunados e que o crime estava em andamento, não tendo as diligências resultado de arbitrariedade, preconceito ou intuição" (fls. 338/339).

Justificada, então, a revista pessoal realizada (CPP, arts. 240, § 2º, e 244), até porque o direito à privacidade não foi constitucionalmente estabelecido para se assegurar a prática tranquila de crimes e sua certeira impunidade. Nesta toada, confira-se julgado do Tribunal da Cidadania, em caso análogo:

[...]

De mais a mais, tratando-se de crime permanente, restou caracterizada a situação de flagrância, de modo que agentes públicos como os policiais militares têm o poder-dever de impedir ou fazer cessar o cometimento do ilícito, como veio a ocorrer no presente processo. Nesse sentido é a norma do artigo 303 do Código de Processo Penal: "Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência".

Superada a questão atinente à legalidade da intervenção policial, observo que os laudos periciais, provisório e definitivo, atestaram a

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

> *ilicitude da substância apreendida (cocaína, tanto em pó como na forma de crack), de uso e comercialização proscritos no país.*

A análise realizada encontra-se em linha com a jurisprudência desta Corte acerca da validade da diligência.

No presente feito, aduziu-se que a abordagem se deu em razão de fuga dos pacientes ao avistar a polícia (os policiais militares estavam em serviço em via pública, em localidade notoriamente conhecida como ponto de venda de entorpecentes, quando avistaram três indivíduos em movimentação incomum, tendo cada um deles tomado rumo distinto ao notar a aproximação policial).

Nessas hipóteses, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posiciona no mesmo sentido em situações similares, *in verbis*:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO EVIDENCIADA.*
> *I - Não se conhece de habeas corpus substitutivo de revisão criminal.*
> *II - Na hipótese de ilegalidade flagrante, concede-se a ordem de ofício. Precedentes.*
> ***III - No presente caso, as instâncias ordinárias assentaram que os policiais militares faziam patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes, quando avistaram o agravante, já conhecido no meio policial pelo envolvimento com o tráfico, o qual acelerou o passo, com vistas a empreender fuga, tendo sido apreendidos na revista pessoal 14 (quatorze) pinos de cocaína, não havendo que se falar em ausência de fundada suspeita para a busca pessoal. Precedentes.***
> *IV - No presente caso, a Corte de origem concluiu pela impossibilidade de desclassificação da conduta do paciente para aquela prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 com fulcro nos depoimentos dos policiais e na quantidade e na forma de acondicionamento dos entorpecentes, a ensejar a conclusão pelo dolo da mercancia, tudo em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.*
> *V - O rito do habeas corpus não admite o revolvimento de matéria fático-probatória, de modo que não há que se falar em desconstituição das conclusões bem exaradas pelo Tribunal local.*
> *Agravo regimental desprovido.*
>
> *(AgRg no HC 913025 / SP, Relator Ministro MESSOD AZULAY NETO, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 06/08/2024, Data da Publicação/Fonte DJe 19/08/2024)*

A verificação da divergência do quadro fático aduzido como pressuposto ao firmamento da tese da origem demanda inviável dilação probatória em sede de

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

"habeas corpus".

Com relação à pena do paciente Vitor, a defesa pede que a reincidência seja dosada no patamar de 1/6.

Quanto ao ponto, entendeu a Corte de origem "que tanto a múltipla reincidência como a reincidência específica justificam a eleição de patamar de exasperação superior à fração usual de 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria" (e-STJ fl. 34).

Contudo, tal entendimento destoa da jurisprudência desta Quinta Turma, senão vejamos:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. HABEAS CORPUS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA APLICAR A REINCIDÊNCIA NO PATAMAR DE 1/6.*
>
> *1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior.*
>
> *2. Impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício, diante da ilegalidade do acórdão impugnado no que tange à fração de aumento da pena em razão da reincidência específica, a qual foi aumentada em 1/3 (um terço) sem a devida fundamentação.*
>
> *3. Nosso Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de diminuição de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias atenuantes e agravantes, cabendo à prudência do magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação. Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o aumento para cada agravante ou de diminuição para cada atenuante deve ser realizado em 1/6 da pena-base, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar concretamente fundamentado. Precedentes.*
>
> ***4. No presente caso, na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada, em razão da agravante da reincidência, em patamar superior a 1/6, sem qualquer fundamentação idônea, não bastando para tanto que se trate de hipótese de reincidência específica.***
>
> *5. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para diminuir o patamar de aumento referente à agravante da*

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

reincidência para 1/6.

(AgRg no AREsp n. 2.282.442/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 17/3/2023.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR DA RES FURTIVA SUPERIOR A 10 % DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. HISTÓRICO DELITIVO DESABONADOR. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. MAU ANTECEDENTE ESPECÍFICO. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO. GRAU DE EXASPERAÇÃO NA SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INIDONEIDADE DO FUNDAMENTO. NECESSIDADE DE REDIMENSIONAR A REPRIMENDA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

V - Grau de aumento operado na segunda fase. Predomina nesta Corte o entendimento de que o aumento da pena em patamar superior a 1/6, em virtude da incidência de circunstância agravante, demanda fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão.

VI - Segundo a jurisprudência do STJ, mesmo que o reú ostente condenação anterior por delito idêntico, não merece maior reprovabilidade na sua conduta, haja vista que, após a reforma da Parte Geral do Código Penal, operada em 11/7/1984, não há mais distinção entre os efeitos da reincidência genérica e específica, sendo inadmissível que o aplicador da lei assim o proceda, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Agravo regimental parcialmente provido, a fim de redimensionar a pena do paciente em 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais o pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, mantidos do demais termos da condenação.

(AgRg no HC n. 757.209/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023.)

Desse modo, deve ser redimensionada a pena do paciente Vitor no sentido de alterar a fração da agravante da reincidência para 1/6.

No que se refere ao pedido de reconhecimento da atenuante da confissão em relação aos pacientes, o Tribunal de origem assim se manifestou (e-STJ fls. 35/36):

E, diferentemente do sustentado pela defesa, não é o caso de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65,

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

> *III, d) a qualquer desses réus.* ***Isso porque Vitor teria se limitado a declarar, aos policiais militares, ao azo da prisão em flagrante, que seria o responsável pela distribuição de drogas aos corréus, razão pela qual não há que se falar em confissão no caso vertente. De mais a mais, tal circunstância não se mostrou decisivo para a formação do convencimento do julgador, ante a solidez do restante do conjunto probatório.*** *Nesse sentido, já decidiu o C. STJ:*
>
> *[...]*
>
> ***Quanto a Robson, vê-se que, em juízo, apresentou versão distorcida, contraditória com aquela apresentada em solo policial, com o intuito de isentar o corréu Vitor de responsabilidade criminal. A****usente, portanto, a hipótese de incidência da norma, fundada na lealdade processual. De mais a mais, a versão externada não se mostrou relevante para a formação do convencimento do julgador, à luz das demais circunstâncias da apreensão notadamente o seguro relato dos policiais militares em juízo , razão pela qual não há que se falar em aplicação da Súmula 545 do STJ. Pelo contrário, o relato de Robson teve como escopo prejudicar a devida elucidação dos fatos.*

Acerca do tema, colhe-se da sentença (e-STJ fl. 113):

> *Verifica-se, das palavras dos réus, que Pâmela e* ***Robson, inicialmente confirmaram que receberam drogas de Vítor para venda e, como pagamento, poderiam sustentar o vício que tinham no uso de drogas.***
>
> ***Em juízo****, como era de se esperar, cientes das graves consequências que aguardam aqueles que denunciam distribuidores de drogas,* ***mudaram suas versões, passando a isentar Vítor de responsabilidade.***
>
> ***Vítor, por sua vez, manteve a negativa,*** *mas apresentou versão muito diversa daquela apresentada na fase policial, onde disse que conversava com "Ricão" no momento da abordagem, tendo ele fugido após dispensar uma sacola contendo drogas.*
>
> *Em juízo, disse que conversava com Rodolfo e que "Ricão" apenas estava próximo, mas nada abandonou no local.*
>
> *Ora, se estivesse com "Ricão", estando ele com drogas, certamente não conseguiria fugir, pois eram vários os policiais que atuavam na operação.*
>
> *Também se estivesse com Rodolfo e tivesse sido detido injustamente, certamente o amigo teria vindo a juízo corroborar sua versão, o que não foi feito.*

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no enunciado

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

da Súmula n. 545 de que a confissão espontânea deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, se utilizada para fundamentar a condenação (AgRg no REsp 1.643.268/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 7/3/2017, DJe 17/3/2017).

> *EMENTA PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EM RELAÇÃO A RÉU QUE SUSTENTOU A TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. A decisão agravada não conheceu do agravo em recurso especial com fundamento na Súmula n. 182/STJ, porquanto não impugnada especificamente a incidência dos óbices apontados pela Corte a quo como razões de decidir para a inadmissão do recurso especial (e-STJ fls. 2979/2980). Nas razões do regimental (e-STJ fls. 2984/2990), por sua vez, os agravantes deixaram de infirmar especificamente o referido entrave, limitando-se a alegar, de maneira genérica, que todos os fundamentos apontados pelo Tribunal de origem para inadmitir o recurso especial foram devidamente impugnados nas razões do agravo e a asseverar que o decisum agravado não está devidamente fundamentado, por não ter se manifestado sobre todos os argumentos ventilados no agravo (e-STJ fl. 2987).*
>
> *2. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada (decisão de não conhecimento do agravo em recurso especial) atrai a incidência da Súmula n. 182 desta Corte Superior.*
>
> *3. A falta de exame da matéria de fundo, na hipótese de recurso inapto ao conhecimento, como no caso concreto, configura mera decorrência do exercício do devido juízo de admissibilidade recursal. Precedentes.*
>
> *4. Verificada, de ofício, a ocorrência de ilegalidade quanto ao não reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, na segunda fase da dosimetria da pena do delito de homicídio qualificado, em relação a réu que sustentou a tese de legítima defesa, revela-se de rigor a concessão de habeas corpus quanto a esse aspecto.*
>
> ***5. A jurisprudência desta Corte Superior se consolidou no sentido de que, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, a aplicação da atenuante em questão é de rigor, "pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retração em juízo" (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJE 19/3/2015). A matéria encontra-se sumulada, consoante o enunciado n. 545 desta Corte Superior.***
>
> ***6. A Quinta Turma deste Superior Tribunal, na apreciação do REsp n. 1.972.098/SC, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 14/6/2022, DJe 20/6/2022, firmou o entendimento de que o réu fará jus à atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que houver confessado a autoria do crime perante a autoridade, ainda que a confissão não tenha sido utilizada pelo julgador como um dos fundamentos da condenação, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada.***

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

Precedentes.

7. Na hipótese vertente, considerando a existência de confissão qualificada, conforme se extrai do acórdão recorrido e da ata da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, segundo a qual a defesa de um dos réus sustentou a tese de legítima defesa (e-STJ fls. 2464 e 2800), se mostra de rigor o reconhecimento, em favor desse, da incidência da atenuante da confissão espontânea, em relação ao delito de homicídio qualificado.

8. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido de que, nas hipóteses de confissão parcial ou qualificada, como na espécie, se admite a incidência da benesse em patamar inferior a 1/6. Precedentes.

9. Agravo regimental não conhecido e concedida, de ofício, a ordem de habeas corpus para reconhecer a incidência da atenuante do art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal e sua aplicação na fração de 1/12, em relação ao réu que sustentou a tese de legítima defesa, culminando no redimensionamento da respectiva reprimenda.

(AgRg no AREsp n. 2.685.703/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/8/2024, DJe de 3/9/2024.)

No caso dos autos, verifica-se da sentença que, em juízo, o paciente Robson Favalli afirmou que "No dia dos fatos chegou ao bar do Pantera, quando um rapaz de nome João, que passava de moto e conversou com ele que precisava de dinheiro para comprar alimentação para tomar seus remédios contra o HIV. Recebeu 40 pinos de cocaína de João par venda, tendo vendido apenas uma porção" (e-STJ fl. 111).

Por sua vez, o paciente Vitor Luis Barbosa Rodrigues prestou as seguintes declarações (e-STJ fl. 112):

Vitor Luis Barbosa Rodrigues, na fase inquisitiva, declarou que na data dos fatos estava numa adega de nome Stop com sua namorada Ane, sendo que já morou na região e conhece as pessoas do bairro. ***Estava conversando com uma pessoa que conhece por "Ricão" quando os policiais se aproximaram. "Ricão" jogou drogas no chão e se evadiu do local, sendo que ali permaneceu sem saber de nada****. A droga não lhe pertencia e não conhece os demais réus (fls. 04).*

Em juízo, Vítor negou os fatos*. Disse que não estava na adega que fica mais a frente do estabelecimento com sua esposa. Quando sua esposa foi buscar o filho,* ***ficou conversando com o dono da Adega, chamado Rodolfo. Enquanto conversava, foi abordado por trás pelos policiais que o levaram mais para baixo, até onde estavam Robson e Pãmela, a quem conhecia apenas de vista****. Não conhecia Robson. Tinha consigo apenas cartão de crédito e RG. Confrontado com sua fala na fase policial, disse que "Ricão" estava ao lado de onde estavam e correu. Os policiais não recolheram drogas naquele momento. Nunca vendeu drogas para "Ricão".*

Desse modo, no caso em análise, apenas o paciente Robson confessou

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

a prática da traficância, afirmando que "recebeu 40 pinos de cocaína de João para venda", porém, quanto ao paciente Vitor, não se está diante de nenhuma das modalidades de confissão citadas, devendo, portanto, ser reconhecida a atenuante da confissão somente em relação à Robson.

Passo, agora, ao redimensionamento das penas.

Quanto ao paciente Robson, partindo-se da pena intermediária de 7 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa (e-STJ fl. 115), e aplicada a atenuante da confissão, reduzo a pena em 1/12, que fica estabelecida definitivamente em 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 687 dias-multa.

Em relação à Vitor, a pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa (e-STJ fl. 33). Na segunda etapa, aumento a pena em 1/6 em razão da agravante da reincidência (Autos n. 1500462-31.2020.8.26.0599), razão pela qual a pena fica definitivamente estabelecida em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, pois ausentes outras causas modificativas.

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus* para, em relação ao paciente Robson Favalli, reconhecer a atenuante do art. 65, III, *d*, do CP, redimensionamento a sua pena para 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 687 dias-multa e, quanto ao paciente Vitor Luis Barbosa Rodrigues, modificar a fração de aumento da reincidência para 1/6, com o redimensionamento da pena para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44366677 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:23:19
Código de Controle do Documento: 65c53a7a-b4c0-4d23-af8e-21f309dae109

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0196895-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 829.474 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15014897820228260599 22683512022

EM MESA JULGADO: 05/11/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ROBSON FAVALLI (PRESO)
PACIENTE	:	VITOR LUIS BARBOSA RODRIGUES (PRESO)
CORRÉU	:	PAMELA MONIQUE BROSKI
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA44346383 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 06/11/2024 17:32:27
Código de Controle do Documento: 98E2E7D1-A70F-443D-A13A-902F99C93305