



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 854478 - SP (2023/0333872-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : MARIA CLAUDIA RIBEIRO CALIXTO
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA RIBEIRO CALIXTO - SP400727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO CARDOSO LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL. CRIME PERMANENTE. FUNDADAS RAZÕES. LEGITIMIDADE DA MEDIDA. INVASÃO DOMICILIAR EM SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. PROVA ILÍCITA NÃO CONFIGURADA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. *BIS IN IDEM*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado para questionar a legalidade do ingresso em domicílio sem mandado judicial e a validade das provas obtidas, bem como a dosimetria da pena aplicada ao paciente condenado por tráfico de drogas. A defesa alega violação do direito à inviolabilidade do domicílio e ocorrência de *bis in idem* na aplicação da pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões principais em discussão: (i) Se o ingresso em domicílio sem mandado judicial foi justificado pela existência de fundadas razões para o flagrante delito de tráfico de drogas, conforme o entendimento do STF no Tema 280. (ii) Se houve *bis in idem* na dosimetria da pena, com a utilização da quantidade de droga apreendida tanto para agravar a pena-base quanto para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 603.616/RO) estabelece que o ingresso em domicílio sem mandado judicial é legítimo em casos de crime permanente, como o tráfico de drogas, desde que amparado em fundadas razões que indiquem a ocorrência de flagrante delito. No caso, a ação policial foi precedida de denúncias anônimas, observação

prévia e abordagem em contexto de traficância, o que configura justa causa para o ingresso, conforme pacificado pelo STF e STJ.

4. Contudo, na dosimetria da pena, verificou-se a aplicação de bis in idem, uma vez que a quantidade de droga foi utilizada tanto para aumentar a pena-base quanto para afastar a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Segundo a jurisprudência do STF (ARE 666.334/AM) e do STJ, tal valoração dupla viola o princípio da proibição da dupla punição pelo mesmo fato.

5. Diante disso, aplicou-se o redutor de 1/6 previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, redimensionando a pena do paciente.

IV. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, além de 583 dias-multa, com a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

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, 17 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 854478 - SP (2023/0333872-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : MARIA CLAUDIA RIBEIRO CALIXTO
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA RIBEIRO CALIXTO - SP400727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO CARDOSO LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL. CRIME PERMANENTE. FUNDADAS RAZÕES. LEGITIMIDADE DA MEDIDA. INVASÃO DOMICILIAR EM SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. PROVA ILÍCITA NÃO CONFIGURADA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. *BIS IN IDEM*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado para questionar a legalidade do ingresso em domicílio sem mandado judicial e a validade das provas obtidas, bem como a dosimetria da pena aplicada ao paciente condenado por tráfico de drogas. A defesa alega violação do direito à inviolabilidade do domicílio e ocorrência de *bis in idem* na aplicação da pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões principais em discussão: (i) Se o ingresso em domicílio sem mandado judicial foi justificado pela existência de fundadas razões para o flagrante delito de tráfico de drogas, conforme o entendimento do STF no Tema 280. (ii) Se houve *bis in idem* na dosimetria da pena, com a utilização da quantidade de droga apreendida tanto para agravar a pena-base quanto para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 603.616/RO) estabelece que o ingresso em domicílio sem mandado judicial é legítimo em casos de crime permanente, como o tráfico de drogas, desde que amparado em fundadas razões que indiquem a ocorrência de flagrante delito. No caso, a ação policial foi precedida de denúncias anônimas, observação

prévia e abordagem em contexto de traficância, o que configura justa causa para o ingresso, conforme pacificado pelo STF e STJ.

4. Contudo, na dosimetria da pena, verificou-se a aplicação de *bis in idem*, uma vez que a quantidade de droga foi utilizada tanto para aumentar a pena-base quanto para afastar a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Segundo a jurisprudência do STF (ARE 666.334/AM) e do STJ, tal valoração dupla viola o princípio da proibição da dupla punição pelo mesmo fato.

5. Diante disso, aplicou-se o redutor de 1/6 previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, redimensionando a pena do paciente.

IV. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, além de 583 dias-multa, com a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

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. 163/164 (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de DIEGO CARDOSO LOPES em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 1500414-44.2022.8.26.0424).

O paciente foi condenado à pena de 7 anos de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 700 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

A apelação interposta pela defesa foi desprovida.

A defesa alega: a) ilegalidade da prisão realizada por meio de busca domiciliar realizada sem autorização judicial ou situação de flagrância; b) bis in idem na dosimetria da pena, pois a quantidade de droga foi utilizada para exasperar a pena-base e, simultaneamente, para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006; e c) o paciente preenche os requisitos previstos para reconhecimento do tráfico privilegiado.

Requer, liminar e definitivamente, deferimento da ordem para que seja reconhecida a ilegalidade da prisão, redimensionada a pena, bem como substituída a privativa de liberdade por restritivas de direitos. É o relatório.

A defesa alega, em síntese, a ilegalidade da prisão em flagrante, decorrente da violação de domicílio, bem como a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena.

Requer a concessão da ordem para obter a declaração de nulidade da prova impugnada ou o redimensionamento da pena, para fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar a redutora prevista no §4º do Artigo 33 da Lei 11343/06 em seu patamar máximo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

Acerca da busca e apreensão sem mandado judicial, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 sob a sistemática da repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.616/RO, decidiu que a validade da medida depende da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões que indiquem a situação flagrancial no interior do imóvel.

Nesse particular, o ingresso em domicílio alheio, para ser regular, depende da existência de fundadas razões que constituam justa causa e sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental envolvido.

Somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível vulnerar o direito em questão e configurar legítima intervenção restritiva do Estado.

Nessa esteira, na busca de um verdadeiro direito penal do equilíbrio, conforme expressão consagrada por Rogério Greco, deve-se realizar um necessário juízo de ponderação e cotejo de valores, levando-se em consideração a inexistência de direitos absolutos.

Restou definido que o ingresso no domicílio de alguém, para ser válido e regular, depende da existência de fundadas razões que amparem a mitigação do direito fundamental em questão. Somente nos casos em que o contexto fático anterior à invasão domiciliar permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível levar adiante a medida extrema.

Eis a ementa do julgado:

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 603616, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, DJe 10/05/2016).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a matéria foi debatida e aclarada no julgamento do HC n. 608.405/PE, da Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 14/04/2021:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. COMPROVAÇÃO DA VOLUNTARIEDADE. ÔNUS ESTATAL. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ANULAÇÃO DA DEMANDA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição da República, 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), 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, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, DJe 2/3/2021), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que, do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. 4. O contexto fático delineado nos autos não serviu de suporte para justificar a ocorrência de uma situação de flagrante que autorizasse a violação de domicílio. Em outros termos, as circunstâncias que antecederam o ingresso dos policiais na residência do réu não evidenciaram, quantum satis e de modo objetivo, as fundadas razões que justificassem a entrada na sua morada, de maneira que a simples avaliação subjetiva dos agentes estatais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso no domicílio. 5. As regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos servidores castrenses de que o paciente ou os pedreiros, que trabalhavam no local, ou o locatário do sítio (este, inclusive, declarou a propriedade de todo o material lá encontrado) teriam autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do acusado, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor do réu. 6. 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 captura de crack, após invasão desautorizada da residência do paciente –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre o ingresso no domicílio (permeado de ilicitude) e a apreensão das substâncias entorpecentes. 7. Justifica-se a anulação da demanda judicial, se são ilegais os elementos de convicção colhidos por meio da entrada ilícita no domicílio do réu, se eles deram suporte à peça acusatória ofertada e contaminaram todas as evidências daí decorrentes. A falta de plausibilidade jurídica para a diligência afeta a própria instauração da

persecução criminal, assim como todas as provas que dela se sucederam. 8. Ordem concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas pelo ingresso no domicílio do paciente, sem o seu consentimento válido, e as que dela decorreram e, em consequência, anular, ab initio, a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que apoiada em dados supervenientes, obtidos com atenção aos limites definidos no art. 5º, XI, da Constituição da República, e com estrita observância aos ditames previstos no art. 41 do Código de Processo Penal.

Assim, o entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. BUSCA DOMICILIAR. APREENSÃO DE 4 TIJOLOS DE MACONHA E OUTRAS 2 PORÇÕES DA REFERIDA DROGA. SUSCITADA ILEGALIDADE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TESE AFASTADA. INFORMAÇÃO PORMENORIZADA ACERCA DA PRÁTICA DELITIVA. PORTÃO DO DOMICÍLIO ABERTO. ODOR DE ENTORPECENTE IDENTIFICADO POR CÃO FAREJADOR. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O ingresso em domicílio alheio, para se revestir de legalidade, deve ser precedido da constatação de fundadas razões que forneçam razoável certeza da ocorrência de crime no interior da residência.

Em outras palavras, somente quando o contexto fático anterior à invasão fornecer elementos que permitam aos agentes de segurança ter certeza para além da dúvida razoável a respeito da prática delitiva no interior do imóvel é que se mostra viável o sacrifício do direito constitucional de inviolabilidade de domicílio.

2. No caso, verifica-se a existência de justa causa para a entrada no domicílio. Com efeito, a ação policial se deu mediante informações pormenorizadas acerca da prática delitiva no local, com indicação precisa do endereço em que era praticado o tráfico. Os policiais para lá se dirigiram e encontraram o portão aberto, constando que o cão farejador identificou o odor de entorpecentes.

Portanto, a entrada dos policiais não foi arbitrária, mas decorreu de coleta progressiva de elementos que levaram, de forma válida, à conclusão segura de ocorrência de crime permanente no local, justificando a incursão.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 876.277/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 11/4/2024.)

Acerca da nulidade afirmada pela defesa, assim se manifestou o Tribunal de origem (e-STJ fls. 118/119):

Cumpra ressaltar, antes de tudo, que nenhuma ilegalidade houve no ingresso dos policiais na residência da mãe do acusado, uma vez que a ação dos agentes da lei foi legitimada pelo estado de flagrância, que se constitui em uma das exceções à garantia de

inviolabilidade do domicílio.

Ademais, é imperioso dizer que as drogas não foram encontradas na residência da mãe do apelante, mas, sim, em um matagal, local onde o réu foi surpreendido pelos policiais antes de empreender fuga.

De fato, examinando-se os autos verifica-se que, após ser avistado pelos policiais em atitude suspeita agachado em um matagal, o réu dispensou as drogas que tinha em seu poder e correu na direção de um bar, onde foi abordado. Quando da abordagem no interior do bar, os policiais encontraram com o acusado a quantia de R\$ 170,00, em notas fracionadas. Na sequência, os policiais se deslocaram até o terreno baldio e apreenderam as drogas dispensadas pelo réu, momento em que este correu para a casa de sua mãe, local onde acabou sendo preso.

Portanto, não foi realizada nenhuma busca no interior da casa, mas, tão somente, a prisão em flagrante do réu.

O fato de o réu encontrar-se no interior da residência de sua mãe quando foi preso não invalida a prova, até porque, como já acentuado, as drogas foram apreendidas em outro local, ou seja, num terreno baldio.

E eventual ilegalidade da prisão em flagrante restou superada com a superveniente conversão desta em prisão preventiva (fls.53/55).

Não se perca de vista, ainda, que se trata de tráfico de drogas, crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, e, portanto, enseja a qualquer momento a possibilidade de prisão em flagrante.

De fato, como recentemente decidiu o C. Supremo Tribunal Federal, “A posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado” (RHC213852 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 30/05/2022, publicado em 01/06/2022).

Revela notar, ademais, por oportuno, que a lei adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, de modo que compete à parte provar a existência de nulidade, bem assim demonstrar o dano que lhe adveio dos atos supostamente viciados, mostrando a influência dos mesmos sobre o mérito da causa, na sua essência e substância o que não ocorreu na hipótese ora sob exame.

Rejeito, nesses termos, a prejudicial arguida.

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

Nesse sentido, apurada a existência de drogas em contexto de traficância com o paciente durante a busca pessoal, há a constatação da flagrância do delito permanente, a qual confere fundadas razões à busca domiciliar subsequente, conforme se extrai do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CASO CONCRETO. ADVERTÊNCIA DE DIREITO AO SILÊNCIO. SITUAÇÃO DE ATUAÇÃO EM FLAGRANTE. AMPLO

REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. 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 residiu, não apenas na existência de diversas denúncias anônimas de que o paciente estaria praticando o tráfico de drogas em sua residência, mas também nas diversas campanhas policiais, como diligências prévias ao flagrante, nas quais foi flagrado o paciente em atividades típicas de traficância. Ao procederem à abordagem finalmente, esta foi inicialmente em via pública, em busca veicular, quando ele espontaneamente confessou o delito. Na residência, foi encontrado, depois, mais de um quilo de cocaína.

III - De qualquer forma, não há que se falar em invasão de domicílio, porque o próprio paciente (que, inclusive, acompanhou a diligência) indicou a localização da droga após a busca veicular e a confissão informal. (...)

(HC 704331 / SC, RELATOR Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 14/12/2021, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 16/12/2021)

Acerca da aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, o Tribunal de origem assim se manifestou (e-STJ fls. 25/26):

Ademais, ao contrário do que requer a digna Defesa, não há que se falar em aplicação da benesse prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. Com efeito, a referida causa de diminuição de pena não pode ser aplicada no caso em tela, haja vista que tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de “primeira viagem”, e não aquele que está inserido em atividade criminosa, efetivamente comprometido com o tráfico e que faz do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do acusado Diego.

De fato, restou bem evidenciado o envolvimento habitual do apelante no comércio ilegal de drogas, resultando da prova produzida que ele foi surpreendido com expressiva quantidade e variedade de drogas (quase duzentos gramas de “cocaína” e mais de dois quilos de “maconha”), não sendo razoável pensar que alguém que esteja se iniciando no tráfico traga consigo tamanha quantidade e variedade de drogas.

E não há que se falar em ocorrência de bis in idem, na hipótese dos autos, em razão da exasperação da pena-base e do afastamento da figura do tráfico privilegiado, uma vez que o acréscimo da pena básica teve por fundamento a expressiva quantidade de drogas, ao passo que a impossibilidade de aplicação do redutor de pena decorre, fundamentalmente, do fato de o réu se dedicar a atividades criminosas.

Com efeito, deve-se “observância ao decidido no ARE 666.334/AM, julgado pelo STF sob o regime da repercussão geral, em que se firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, ou seja, tal valoração só pode ser considerada na primeira ou na terceira fase do cálculo da pena.” (STJ - AgRg no HC: 834812 MG 2023/0224135-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 05/09/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2023)

Na presente hipótese, verifica-se que na primeira fase da dosimetria da pena, o Tribunal de origem valorou negativamente a quantidade e variedade da droga apreendida para aumentar a pena-base do paciente em 2 anos de reclusão (e-STJ fl. 124).

Na terceira fase, por sua vez, entendeu pelo afastamento da aplicação do § 4º pelo fato de o Paciente se dedicar a atividade criminosa, sob o argumento de que “restou bem evidenciado o envolvimento habitual do apelante no comércio ilegal de drogas, resultando da prova produzida que ele foi surpreendido com expressiva quantidade e variedade de drogas (quase duzentos gramas de “cocaína” e mais de dois quilos de “maconha”), não sendo razoável pensar que alguém que esteja se iniciando no tráfico traga consigo tamanha quantidade e variedade de drogas” (e-STJ fl. 125).

Desse modo, tem-se que a quantidade da droga, além de, isolada, ser insuficiente para essa presunção, já foi valorada negativamente na primeira fase, de modo que sua utilização na terceira implica em indevido *bis in idem*.

Sendo assim, diante da flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, pois representou dupla punição pelo mesmo fato, aplico o redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, porém, no patamar de 1/6, diante da quantidade e variedade de droga apreendida.

Passo a redimensionar a pena do crime de tráfico de drogas.

Tem-se que a pena-base foi exasperada em 2 anos, ficando em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa (e-STJ fls. 82 e 124). A pena se manteve inalterada na segunda fase. Na terceira fase, aplico a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar de 1/6, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão e 580 dias-multa, que torna-se definitiva pela ausência de outras causas modificativas.

Não observando circunstâncias dignas de nota além daquelas já consideradas na dosimetria da pena, estabeleço o regime aberto como inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §2º, c, do CP.

Atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de

liberdade deve ser substituída por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução penal.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus* para aplicar a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e redimensionar a pena do Paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, e 583 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0333872-1

HC 854.478 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15004144420228260424 21705892022 572512022

EM MESA

JULGADO: 15/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA CLAUDIA RIBEIRO CALIXTO
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA RIBEIRO CALIXTO - SP400727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO CARDOSO LOPES (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

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.