



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 872205 - SP (2023/0427769-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : PAULO MARCOS FELISMINO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE - SP358143
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. 1. BUSCA DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRÉVIA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. 2. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. PROVAS DA TRAFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO NA VIA ELEITA. 3. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 4. CONFISSÃO PARCIAL. NÃO VERIFICAÇÃO. SÚMULA 630/STJ. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A partir da análise sistêmica do contexto fático anterior à medida invasiva, verifica-se a existência de fundada suspeita para a realização da busca domiciliar na casa do paciente, haja vista sua prévia situação de flagrância. Nesse contexto, constata-se a existência de dados concretos, objetivos e idôneos sobre a identificação de justa causa para legitimar a referida diligência, mostrando-se irrelevante a ausência de mandado ou de eventual autorização do proprietário do domicílio.

2. As instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. E, como cediço, o *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação ou eventual pedido de desclassificação.

3. "O fato de o réu não ter direito subjetivo à utilização de frações específicas para cada circunstância judicial negativa (1/8 do intervalo ou 1/6 da pena), não sendo tais parâmetros obrigatórios, porque o que se exige das instâncias ordinárias é a fundamentação adequada e a proporcionalidade na exasperação da pena. (AgRg no AREsp n. 2.249.221/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 26/5/2023.)

4. "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio" (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2019, DJe 29/04/2019).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

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 05/03/2024 a 11/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 11 de março de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 872205 - SP (2023/0427769-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : PAULO MARCOS FELISMINO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE - SP358143
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. 1. BUSCA DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRÉVIA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. 2. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. PROVAS DA TRAFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO NA VIA ELEITA. 3. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 4. CONFISSÃO PARCIAL. NÃO VERIFICAÇÃO. SÚMULA 630/STJ. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A partir da análise sistêmica do contexto fático anterior à medida invasiva, verifica-se a existência de fundada suspeita para a realização da busca domiciliar na casa do paciente, haja vista sua prévia situação de flagrância. Nesse contexto, constata-se a existência de dados concretos, objetivos e idôneos sobre a identificação de justa causa para legitimar a referida diligência, mostrando-se irrelevante a ausência de mandado ou de eventual autorização do proprietário do domicílio.

2. As instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. E, como cediço, o *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação ou eventual pedido de desclassificação.

3. "O fato de o réu não ter direito subjetivo à utilização de frações específicas para cada circunstância judicial negativa (1/8 do intervalo ou 1/6 da pena), não sendo tais parâmetros obrigatórios, porque o que se exige das instâncias ordinárias é a fundamentação adequada e a proporcionalidade na exasperação da pena. (AgRg no AREsp n. 2.249.221/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 26/5/2023.)

4. "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio" (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2019, DJe 29/04/2019).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por PAULO MARCOS FELISMINO DA SILVA contra decisão monocrática, da minha lavra, que não conheceu do *mandamus*.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 680 dias-multa, em virtude da apreensão de 496,16g de maconha. Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou-lhe provimento.

Com o trânsito em julgado, a defesa ajuizou revisão criminal, a qual foi julgada improcedente, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl.548):

REVISÃO CRIMINAL. PRELIMINAR DE NULIDADE EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DA GARANTIA DE INVOLABILIDADE DOMICILIAR E DO DIREITO AO SILÊNCIO. INADMISSIBILIDADE. TESES SUPLETIVAS QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O ARTIGO 28, DA LEI DE DROGAS; DE READEQUAÇÃO DAS REPRIMENDAS; DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA; PLEITO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART.33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O PETICIONÁRIO. Revisão indeferida.

No *mandamus*, o impetrante sustentou: a) nulidade do processo por invasão de domicílio, sem autorização expressa do morador; b) necessidade de desclassificação para o crime do art. 28 da Lei de Drogas, pois ausente prova da traficância; c) cabimento da atenuante da confissão parcial (art. 65, III, d do CP), ou da informal feita aos policiais; e d) exasperação excessiva da pena-base, por se tratar de droga com baixo potencial ofensivo.

Contudo, a ordem não foi conhecida.

No presente agravo regimental, a defesa reitera, em síntese, que a busca domiciliar é sim nula, haja vista a ausência de autorização expressa do morador. No mais, sustenta que não há provas da mercancia, devendo a conduta ser desclassificada para porte para consumo próprio. Subsidiariamente, reafirma fazer jus à atenuante da confissão e ao abrandamento da pena-base.

Pugna, dessa forma, pelo provimento do agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme explicitado na decisão monocrática, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616/RO, apreciando o Tema n. 280 da repercussão geral, fixou 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*, 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.

Dessa forma, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. É dizer, 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 em questão.

Vale asseverar, por oportuno, que diversamente do que ocorre em relação aos demais direitos fundamentais, o direito à inviolabilidade de domicílio se destina a proteger não somente o alvo de eventual atuação policial abusiva, mas todo o grupo de pessoas residentes no local da diligência. Desta forma, ao adentrar em determinada residência a procurar de drogas ou produtos de outro ilícito criminal, poderão ser eventualmente violados direito à intimidade de terceiros, situação que, por si só, demanda maior rigor e estabelecimento de balizas claras na realização desse tipo de diligência.

Nesse ponto, necessário enfatizar, de outro lado, modificando-se de certo foco da jurisprudência até o presente consolidada, que não se pode olvidar também que a dinâmica, a capilaridade e a sofisticação do crime organizado, inclusive do ligado ao tráfico de drogas, exigem postura mais efetiva do Estado. Nesse diapasão, não resta desconhecido que a busca e apreensão domiciliar pode ser de grande valia à cessação de tal espécie de criminalidade e a apuração de sua autoria.

Assim, imprescindível se mostra a consolidação de entendimento no sentido de que o ingresso na esfera domiciliar para a apreensão de drogas ou produtos de outros ilícitos penais, em determinadas circunstâncias, representa legítima intervenção restritiva

do Estado, mas tão somente quando amparada em justificativa que denote elementos seguros, aptos a autorizar a ação de tais agentes públicos, sem que os direitos à privacidade e à inviolabilidade restem vilipendiados.

Na esteira de tal salutar equilíbrio, resultado ao fim e ao cabo de um necessário juízo de ponderação de valores e levando-se em consideração a inexistência de direito, ainda que de índole fundamental, de natureza absoluta, alguns parâmetros objetivos mínimos para a atuação dos agentes que agem em nome do Estado podem e devem ser estatuídos.

Exemplificativamente, a diligência restaria convalidada desde que se demonstre que: de modo inequívoco o excepcional consentimento do morador restou livremente prestado; que, uma vez abordado em atitude suspeita, o sujeito pôs-se, de forma imotivada, em situação de fuga, sendo posteriormente localizado em situação de flagrância (situação que diverge da busca do abrigo domiciliar por cidadão que se vê acuado por abordagem policial truculenta, em especial em áreas de periferia); que a busca efetuada resultou de situação de campana ou de investigação, de ação de inteligência prolongada, não de acaso ou fortuito desdobramento de fatos antecedentes; que a gravidade de eventual crime de natureza permanente, como o tráfico ilícito de droga, denotada, por exemplo, pelo vulto e quantidade da droga, mostre que, ante a estabilidade e organização da célula criminoso, o ambiente utilizado se volte, precipuamente, para a prática do delito, não para uso domiciliar do cidadão, verdadeiro objeto de proteção do Texto Constitucional.

Do dilema e da ponderação estabelecidos supra, percebe-se que a situação narrada neste e em inúmeros outros processos que chegam a esta Corte Superior dizem respeito ao que se entende por significado concreto de Estado Democrático de Direito, em especial em relação à parcela economicamente menos favorecida da população, sem se olvidar, contudo, a legitimidade de que os órgãos de persecução se empenhem, com prioridade, em investigar, apurar e punir autores de crimes mais graves, ligados ao tráfico ilícito de drogas e a criminalidade organizada. Assim, o equilíbrio se faz necessário na avaliação dos valores postos em confronto, tendo-se como norte as garantias estatuídas no Texto Constitucional, desdobradas na legislação processual penal de regência.

Na hipótese dos autos, a Corte local considerou não ter ocorrido a nulidade invocada. Ficou registrado que (e-STJ fl. 56):

(...) não constituiu invasão domiciliar a busca realizada em sua residência, diante dos depoimentos harmônicos dos milicianos, que afirmaram que, após

o abordarem, em região conhecida como ponto de tráfico de drogas, e sendo ele conhecido nos meios policiais, sendo que havia acabado de vender algumas porções de tóxico, e em sua residência havia mais dessa droga armazenada, tendo então os policiais para lá se dirigido, e nela ingressado, mediante autorização do próprio imputado, daí porque as diligências realizadas não incidiram em nenhuma ilegalidade, mormente porque a busca se mostrou exitosa, diante da apreensão, na residência do peticionário, de 01 tablete de maconha, com peso total de 496,14g.

Ainda quanto ao tema, de ser destacado que o crime em tela é de natureza permanente, e a diligência promovida se mostrou recoberta de êxito, diante da apreensão da farta quantidade de maconha em sua moradia, como suprarreferido.

Portanto, patente que havia fundada razão para a ação policial na residência do peticionário, constituindo situação de exceção ao princípio da inviolabilidade do domicílio, prevista na Carta Magna, pelas circunstâncias suprarreferidas, estando, pois, ausente a alegada ilegalidade, a teor dos ditames do artigo 301, do CPP, e do artigo 5º, XI, da CF, não havendo que se promover a pretendida declaração de nulidade do processo, nem havendo que ser invocada a ilicitude das provas obtidas.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que os agentes policiais ratificaram a versão exposta na fase extrajudicial com riquezas de detalhes, demonstrando que, em patrulhamento pelo local conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes, ao realizarem a abordagem do ora paciente, já conhecido dos meios policiais, flagraram-no, com pequena quantidade de drogas, que ele confessou ter levado para vender no local.

Ao ser indagado, informou que possuía mais em sua residência, para onde se dirigiram, sendo franqueada a entrada pelo paciente, local onde estava acondicionada a droga (um tablete de cerca de meio quilo de maconha) e uma faca com resquícios de droga.

Assim, a partir da análise sistêmica do contexto fático anterior à medida invasiva, verifica-se a existência de fundada suspeita para a realização da busca domiciliar na casa do paciente, haja vista sua prévia situação de flagrância. Nesse contexto, constata-se a existência de dados concretos, objetivos e idôneos sobre a identificação de justa causa para legitimar a referida diligência, mostrando-se irrelevante a ausência de mandado ou de eventual autorização do proprietário do domicílio.

Destarte, não há se falar em nulidade das provas advindas da busca domiciliar.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA NULIDADE DA PROVA POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DOS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.

SÚMULA 7/STJ. BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 35 DA LEI Nº 11.343/06. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/RO, decidiu que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a presença da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.
2. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, 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.
3. Existindo elementos indicativos da prática de crime no local a autorizarem a violação domiciliar, mostra-se desnecessário o prévio mandado de busca e apreensão, como no presente caso, em que os policiais estavam realizando patrulhamento tático, quando visualizaram os envolvidos em atividade suspeita, próximos a uma residência. Após não obedecerem ordem de abordagem e tendo Romério tentado se desfazer de 3 papелotes de cocaína e R\$50,00, os mesmos empreenderam fuga para dentro da residência, o que justificou a busca domiciliar.
4. Portanto, considerando a natureza permanente do delito em questão e a presença da justa causa para o ingresso na propriedade, não há qualquer ilegalidade a ser sanada.
5. Afastar os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça, para decidir pela ilegalidade da prova, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula 7/STJ.
6. O Tribunal a quo, em decisão devidamente motivada, entendeu que, do caderno instrutório, emergem elementos suficientemente idôneos de prova a enaltecer a tese de autoria delitiva imputada pelo Parquet ao acusado, a corroborar, assim, a conclusão aposta na motivação do decreto condenatório, pelos delitos dos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06. Dessa forma, rever os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça, para decidir pela absolvição, por ausência de prova concreta para a condenação, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula 7/STJ.
7. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa (AgRg no AREsp n. 1.035.945/RJ, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018).

Quanto ao pedido de desclassificação da conduta para porte para consumo, tem-se que o Juízo sentenciante entendeu pela suficiência das provas no sentido de que o paciente praticou o crime de tráfico de drogas (e-STJ fls. 286/294). O Tribunal a quo, por seu turno, confirmou o entendimento constante da sentença (e-STJ fls. 547-567).

Assim, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. E,

como cediço, o *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação ou eventual pedido de desclassificação.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A pretensão de absolvição ou de desclassificação do crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.340/2006 para o art. 28 da referida norma não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos.

2. Quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, observa-se que a referida tese não foi objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede o conhecimento do tema diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 662.711/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS COERENTES E COMPATÍVEIS COM AS PROVAS DOS AUTOS. VALOR PROBANTE REVESTIDO DE FÉ PÚBLICA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDADO REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A condenação da paciente/agravante pelo delito de tráfico de drogas está fundamentada nos depoimentos dos policiais militares que realizaram a prisão em flagrante, os quais afirmaram que ela foi encontrada, em ponto de tráfico, na posse de uma sacola contendo inúmeras porções de drogas. Para se acolher a tese da defesa relativa à absolvição, é necessário o reexame de todo o conjunto probatório, o que é vedado em habeas corpus.

2. Tampouco é possível o acolhimento da alegação de que a paciente é usuária de drogas negando a prática do delito de tráfico (desclassificação da conduta), na via estreita do habeas corpus, ante a necessária incursão probatória.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 596.979/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe 5/4/2021).

No que concerne à dosimetria, tem-se que "a revisão criminal tem cabimento restrito, apenas admitida quando, após a sentença, forem descobertas novas provas que demonstrem eventual equívoco do juízo sentenciante ou na ocorrência de flagrante ilegalidade." (AgRg no AREsp n. 2.186.211/SP, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 12/5/2023.)

Ademais, não se pode descurar que a dosimetria se insere em um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Na hipótese dos autos, consignou o Tribunal de origem que (e-STJ fl.562):

(...) foram as penas básicas fixadas acima dos patamares mínimos, na fração de apenas 1/6, em razão da quantidade do tóxico apreendido, a denotar as graves consequências do crime recepcionado, e o maior grau de reprovabilidade na conduta do revisionando, o que bem autoriza a elevação das penas, em consonância com o disposto no artigo 42, da Lei 11.343/06, inclusive pelos seus maus antecedentes, ostentando ele ao menos dois processos com condenações anteriores, ensejadoras de tal (de nºs 0012887-08.2010.8.26.0344 e 0015150-13.2010.8.26.0344 fls. 40/41 do processo de conhecimento), não havendo que se falar em excesso, como aduzido pelo peticionário, a fl. 13, vez que foi extremamente beneficiado com a exasperação na forma como operada operada.

Destaca-se, por oportuno, "o fato de o réu não ter direito subjetivo à utilização de frações específicas para cada circunstância judicial negativa (1/8 do intervalo ou 1/6 da pena), não sendo tais parâmetros obrigatórios, porque o que se exige das instâncias ordinárias é a fundamentação adequada e a proporcionalidade na exasperação da pena. (AgRg no AREsp n. 2.249.221/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 26/5/2023.)

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PLEITO PELA REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO PROPORCIONAL AO CONTEXTO FÁTICO DO DELITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Em relação ao quantum de aumento da pena-base, a jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria.

2. No caso, as instâncias de origem exasperaram a pena-base sob o argumento de que "A circunstância de operar, comandar a quadrilha de dentro do Presídio é avaliada em seu desfavor, somada a circunstância de ser o líder do grupo" (fl. 142), o que demonstra concretamente uma maior reprovabilidade da conduta do paciente.

Mantida, portanto, a pena-base no patamar estabelecido pelo Tribunal a quo.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 670.044/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ARTS. 12 E 14 DA LEI N. 6.368/1976. DOSIMETRIA A PENA. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA APREENDIDA. POSIÇÃO DE LIDERANÇA E COORDENAÇÃO.

GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FRAÇÃO PROPORCIONAL. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

2. No caso, a exasperação das penas-base está devidamente fundamentada na gravidade concreta da conduta, especialmente em razão da quantidade de drogas apreendidas, a qual se apresenta exorbitante (243 kg de maconha e 22g de cocaína). Tal elemento é suficiente para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria, de forma que foram observados os parâmetros previstos no art. 59 do Código Penal na fixação da pena.

3. Ademais, foi ressaltada a especial posição de liderança e coordenação do paciente na estrutura do tráfico de drogas, a habitualidade delitiva e a atitude ousada de zombar da polícia por nunca ter sido preso, elementos que, na mesma esteira, claramente demonstram a gravidade concreta da conduta, a justificar a aplicação de sanção mais severa. Precedentes.

4. Em relação ao quantum de aumento de pena na primeira fase da dosimetria, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que os parâmetros para a exasperação da reprimenda devem observar o critério da discricionariedade juridicamente vinculada, a qual, por sua vez, está submetida os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da suficiência da reprovação e da prevenção ao crime.

Por tais razões, não se admite a adoção de critério meramente matemático, atrelado apenas ao número de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Deve-se, na verdade, analisar os elementos que indiquem eventual gravidade concreta do delito, além das condições pessoais de cada agente, de forma que uma circunstância judicial desfavorável poderá receber mais desvalor que outra, exatamente em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade.

5. Na espécie, tendo em vista a gravidade concreta da conduta praticada pelo paciente, não se verifica qualquer constrangimento ilegal em razão do aumento operado, porquanto o aumento das penas-base está em consonância com os parâmetros de proporcionalidade usualmente julgados por esta Corte.

6. Quanto ao pleito de aplicação do intervalo existente entre as penas mínima e máxima previstas na Lei n.º 11.343/2006, o qual seria mais benéfico ao paciente, deve-se ressaltar que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da impossibilidade de combinação de leis, por resultar em um terceiro diploma, não previsto no ordenamento jurídico. Precedentes.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 653.338/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 25/6/2021)

Quanto à aplicação da atenuante da confissão parcial, a matéria foi sucintamente abordada no voto condutor do acórdão:

Inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois embora o peticionário tenha confirmado a propriedade da droga apreendida, alegou que se destinava ao seu consumo, procurando reduzir sua responsabilidade penal, sendo que a confissão parcial, ou editada, em que o réu agrega a ela tese defensiva discriminante ou exculpatória, não se presta ao reconhecimento da referida atenuante.

Conforme preleção externada em julgado do Superior Tribunal de Justiça: - "(...)6. A chamada confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.". (STJ, HC 231363/SP - Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 18/06/2014, T5 - QUINTA TURMA).

O argumento do embargante de que confessou os fatos não deve ser considerado. Ele buscou minimizar a sua responsabilidade penal, alterando a realidade dos fatos, confessando, assim, a prática de crime diverso do imputado.

O Tribunal *a quo* decidiu em consonância com o entendimento sumulado no verbete n. 630 desta Corte, no sentido de que "a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio" (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2019, DJe 29/04/2019).

Sendo assim, o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias não comporta reparos, tendo em vista que, admitida apenas a propriedade da droga para uso próprio, tal como ocorreu na hipótese dos autos, não é cabível a atenuante da confissão na condenação pelo crime de tráfico.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. ANÁLISE. INVIABILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 630 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM HABEAS CORPUS. UTILIZAÇÃO. IMPRESTABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem concluiu que, na espécie, a Acusação produziu provas hábeis a alicerçar a condenação do Agravante pelo delito de tráfico de entorpecentes, não tendo havido inversão do ônus probatório. Rever esse entendimento, com o intuito de desclassificar a conduta imputada para a do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, implicaria no reexame do acervo fático-probatório, providência inviável em recurso especial, nos termos do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

2. O acórdão recorrido, ao deixar de reconhecer a atenuante da confissão, está em conformidade com a Súmula n. 630 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, '[a] incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio'.

3. Não cabe o apelo nobre, mesmo pela alínea c da previsão constitucional, pois colacionados como paradigmas acórdãos proferidos em habeas corpus.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1.777.377/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe

04/05/2021; sem grifos no original.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. SÚMULA 630 DO STJ. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCIDENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. 'Nos termos do art. 64, I, do Código Penal, o cômputo do período depurador tem início na data do cumprimento ou da extinção da pena e não da data do trânsito em julgado' (HC 559.518/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador convocado do TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 24/03/2020).

2. À mingua de informação da data do cumprimento da pena ou de sua extinção, não é possível o reconhecimento da primariedade.

3. 'A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio' (Súmula 630 do STJ).

4. Estabelecida pena superior a 4 anos, ao réu reincidente, não há ilegalidade na fixação do regime prisional fechado.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 617.962/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021; sem grifos no original.)

Assim, em que pese o esforço argumentativo da combativa defesa, não foram apresentados argumentos aptos a reverter as conclusões trazidas na decisão agravada, motivo pelo qual esta se mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 872.205 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0427769-3

Número de Origem:

15013094820208260594 157072020 20098478920238260000 23243082020

Sessão Virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE
ADVOGADO : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE - SP358143
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO MARCOS FELISMINO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE -
CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE
DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : PAULO MARCOS FELISMINO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE - SP358143
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 05/03/2024 a 11/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 12 de março de 2024