



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 874243 - SP (2023/0438784-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : REGINALDO MOISES FERREIRA FILHO (PRESO)
ADVOGADO : DANIEL ROBERTO DE SOUZA - SP289297
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. TEMA NÃO VERSADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. BUSCA DOMICILIAR. CONSENTIMENTO QUANTO À ENTRADA. ENTENDIMENTO DIVERSO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO. REINCIDÊNCIA VERIFICADA. REGIME FECHADO. RECRUDESCIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não demonstrado pela defesa, por meio documental ou mesmo nas razões da impetração, que o tema relativo à ilegalidade da busca pessoal foi tratado na Corte de origem, afigura-se inviável e vedada a análise pretendida, sob pena de indevida supressão de instância.
2. 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.
3. No caso, verifica-se a existência de justa causa para a entrada no domicílio, que foi precedida de campanhas pelos policiais, além do que contou com autorização do próprio paciente. Modificar as premissas fáticas no sentido de concluir que o consentimento quanto à entrada não restou livremente prestado, demandaria o revolvimento de todo o contexto fático/probatório dos autos, expediente inviável na sede mandamental.
4. Devidamente justificada a ação policial, não há que se falar em ilicitude das provas dela decorrentes que ensejaram a condenação do paciente, que deve ser mantida.
5. É inviável a desclassificação da conduta do paciente para aquela

prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que o réu não ter reconhecido a propriedade da droga encontrada, além da existência de denúncia anônima acerca da prática de tráfico, os policiais verificaram que o imóvel em que residia o paciente era frequentemente visitado por usuários de drogas, a demonstrar a prática de tráfico. Demais disso, a pretensão de desclassificação implica revolvimento fático-probatório, vedado em sede de habeas corpus.

6. Verificada a reincidência do réu, correto o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Da mesma forma, referida circunstância é apta a recrudescer o regime de cumprimento da pena.

7. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília, 06 de fevereiro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 874243 - SP (2023/0438784-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : REGINALDO MOISES FERREIRA FILHO (PRESO)
ADVOGADO : DANIEL ROBERTO DE SOUZA - SP289297
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. TEMA NÃO VERSADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. BUSCA DOMICILIAR. CONSENTIMENTO QUANTO À ENTRADA. ENTENDIMENTO DIVERSO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO. REINCIDÊNCIA VERIFICADA. REGIME FECHADO. RECRUDESCIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não demonstrado pela defesa, por meio documental ou mesmo nas razões da impetração, que o tema relativo à ilegalidade da busca pessoal foi tratado na Corte de origem, afigura-se inviável e vedada a análise pretendida, sob pena de indevida supressão de instância.
2. 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.
3. No caso, verifica-se a existência de justa causa para a entrada no domicílio, que foi precedida de campanhas pelos policiais, além do que contou com autorização do próprio paciente. Modificar as premissas fáticas no sentido de concluir que o consentimento quanto à entrada não restou livremente prestado, demandaria o revolvimento de todo o contexto fático/probatório dos autos, expediente inviável na sede mandamental.
4. Devidamente justificada a ação policial, não há que se falar em ilicitude das provas dela decorrentes que ensejaram a condenação do paciente, que deve ser mantida.
5. É inviável a desclassificação da conduta do paciente para aquela

prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que o réu não ter reconhecido a propriedade da droga encontrada, além da existência de denúncia anônima acerca da prática de tráfico, os policiais verificaram que o imóvel em que residia o paciente era frequentemente visitado por usuários de drogas, a demonstrar a prática de tráfico. Demais disso, a pretensão de desclassificação implica revolvimento fático-probatório, vedado em sede de habeas corpus.

6. Verificada a reincidência do réu, correto o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Da mesma forma, referida circunstância é apta a recrudescer o regime de cumprimento da pena.

7. Agravo regimental improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto em favor de REGINALDO MOISÉS FERREIRA FILHO contra decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* (e-STJ fls. 293/307).

Repisa a defesa as teses veiculadas na inicial, pleiteando, em síntese, o reconhecimento da ilicitude das provas decorrentes de busca pessoal e domiciliar sem justa causa, com a absolvição do paciente. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação da conduta para o tipo penal do art. 28 da Lei n. 11.343/06 ou pela aplicação da minorante do tráfico e consectários legais decorrentes ou, ainda, pela fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena.

Requer seja reconsiderada a decisão ou que seja o feito submetido a julgamento pela 5ª Turma do STJ.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

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

A propósito, confira-se, no que ora interessa, o teor da decisão recorrida (e-STJ fls. 300/307):

De início, verifica-se que a Corte local nada versou acerca do tema busca pessoal. Não demonstrado pela defesa, por meio documental ou mesmo nas razões da impetração, que o referido tema foi tratado na Corte de origem,

afigura-se inviolável e vedada a análise pretendida, sob pena de indevida supressão de instância.

Como é cediço, Matéria não enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância. (HC n. 378.585/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/04/2017, DJe 20/4/2017).

A Corte de origem assim decidiu acerca da legalidade da ação policial (e-STJ fls. 270/271):

O substantivo "evidência" restringe a cognição da prova pelo órgão competente para o julgamento da revisão criminal somente à existência de suporte probatório para a condenação. Trata-se de valoração objetiva da prova. Somente a falta de suporte probatório seja de materialidade, autoria, causa de aumento de pena, agravante etc. permite a desconstituição do trânsito em julgado, afastando-se qualquer valoração subjetiva da prova.

No caso dos autos, havia suporte probatório suficiente para a condenação do peticionário.

Dispõe o art. 5.º, XI, da Constituição Federal:

"XI - 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" Em que pese a discussão, nesta revisão criminal, acerca da fundada suspeita, trata-se de questão irrelevante, pois o peticionário autorizou a entrada dos policiais.

Edson Barca e Diego do Amaral narraram que, após informação anônima e confirmação através de campanas, dirigiram-se ao imóvel do peticionário.

Não obstante já se pudesse concluir que os policiais tinham fundada suspeita do tráfico de entorpecentes no imóvel, o que justificava a entrada forçada, solicitaram acesso ao peticionário, que o franqueou.

Interrogado em juízo, o peticionário negou a acusação, mas confirmou que autorizou a entrada dos policiais.

Se houve consentimento para o ingresso dos policiais no imóvel, rechaça-se a nulidade arguida, razão pela qual se passa à análise dos pedidos subsidiários.

Como se vê, a Corte de origem afastou a alegada ilegalidade na busca domiciliar destacando que os policiais receberam denúncia anônima acerca da prática delitiva, após o que realizaram campanas e só então se dirigiram ao imóvel do paciente. Uma vez lá, o paciente franqueou o acesso dos policiais ao interior do imóvel o que foi por ele confirmado por ocasião do interrogatório judicial.

Nesse contexto, impõe-se ressaltar que modificar as premissas fáticas no sentido de concluir que o consentimento do réu não restou livremente prestado, demandaria o revolvimento de todo o contexto fático/probatório dos autos, expediente inviável na sede mandamental.

A propósito, confira-se, mutatis mutandis:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR O DECISÓRIO IMPUGNADO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. INDÍCIOS PRÉVIOS DE SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. CONTROVÉRSIAS ACERCA DA AUTORIZAÇÃO DO PACIENTE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO. DIMINUIÇÃO DA

PENA DE MULTA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO DIRETO AO DIREITO DE IR E VIR DO PACIENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

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

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

3. In casu, diante do consignado pelas instâncias ordinárias, vê-se a justa causa para o ingresso dos policiais no domicílio do agravante, tendo em vista que os agentes estatais, após receberem várias denúncias anônimas a respeito da receptação de bens furtados realizaram diligências a fim de apurar a prática delitiva, se dirigiram ao local informado, sendo autorizados pelo réu a ingressar no imóvel, onde foram localizados os objetos adquiridos pelo paciente de forma ilícita.

4. Esclarecer eventuais controvérsias a respeito da autorização do réu para que os agentes estatais adentrassem no imóvel demandaria revolvimento aprofundado de provas, inviável na via estreita do habeas corpus. De se ressaltar que as circunstâncias antecedentes à abordagem policial deram suporte válido para a realização da diligência.

5. Inobstante a pena ser inferior a quatro anos, a autorizar, em princípio, a fixação do regime aberto, deve ser mantido o fechado, ante a existência de circunstância judicial negativa, bem como em razão da reincidência do paciente.

6. Quanto à pretensão de diminuição da pena de multa, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, inexistindo constrangimento direto e concreto ao direito de ir e vir do paciente, incabível a utilização do habeas corpus para finalidades outras que não seja a restrição ou ameaça ilegal ao direito de locomoção.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 796.305/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR O DECISÓRIO IMPUGNADO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. INDÍCIOS PRÉVIOS DE SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. CONTROVÉRSIAS ACERCA DA AUTORIZAÇÃO DA GENITORA DO PACIENTE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

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

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

3. In casu, diante do consignado pelas instâncias ordinárias, vê-se a justa causa para ingresso dos policiais no domicílio do agravante, tendo em vista que os agentes estatais receberam denúncia anônima a respeito da comercialização de drogas, após o que realizaram diligências a fim de apurar a prática delitiva, se dirigiram ao local informado e observaram o paciente em frente à sua residência com drogas e armas, pelo que procederam a abordagem do réu, sendo autorizados pela sua genitora a ingressar no imóvel, onde foram localizadas drogas, arma de fogo, munições e petrechos para o tráfico.

4. Constatada a existência de indícios prévios da prática da traficância, a autorizar a atuação policial, não há falar em nulidade da prisão em flagrante no interior do domicílio do agente por ausência de mandado judicial.

5. Esclarecer eventuais controvérsias a respeito da autorização da genitora do réu para que os agentes estatais adentrassem no imóvel demandaria revolvimento aprofundado de provas, inviável na via estreita do habeas corpus. De se ressaltar que as circunstâncias antecedentes à abordagem policial deram suporte válido para a atuação diligencial.

6. A questão relativa à aplicação do redutor da pena previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 constitui inovação recursal, uma vez que não deduzido na petição do habeas corpus, o que impede sua análise no presente agravo regimental.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 766.708/SE, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 1/12/2022)

Extrai-se da decisão do Tribunal de origem que a desclassificação da conduta do paciente para o art. 28 da Lei n. 11.343/06 foi afastada, pois o réu sequer reconheceu a propriedade da droga encontrada. Isso somado ao fato que, além da denúncia anônima, os policiais verificaram que o imóvel em que residia o paciente era frequentemente visitado por usuários de drogas, a demonstrar a prática de tráfico. Confirma-se (e-STJ fl. 271):

Incabível a desclassificação ao art. 28 da Lei 11.343/2006.

Com efeito, o peticionário negou a propriedade do entorpecente, o que, por si só, afasta a possibilidade de se concluir que os autos evidenciavam a destinação da droga ao uso, pois o próprio proprietário negou referida condição.

Além disso, os policiais narraram que, além da informação anônima, o imóvel era frequentemente visitado por usuários de drogas.

Não há, pois, como concluir que a condenação foi contrária à evidência dos autos.

Demais disso, tem-se que a pretensão de desclassificação do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 para aquele tipificado no art. 28 do referido diploma legal, demandaria revolvimento fático-probatório, vedado em sede de habeas corpus. A propósito do tema, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE. ELEMENTOS CONCRETOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas

razões, mostra-se inviável a desclassificação da conduta imputada ao réu, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir o mérito da pretensão punitiva, para condenar ou absolver, desde que o faça fundamentadamente, tal como ocorreu no caso.

2. Para entender-se pela desclassificação da conduta imputada ao agravante para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Não há como aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando verificado que o Tribunal de origem - dentro do seu livre convencimento motivado - apontou elementos concretos dos autos, notadamente a quantidade e variedade da droga apreendida em local conhecido como ponto de tráfico, notoriamente dominado por facções criminosas; não comprovação de atividade lícita e passagens anteriores pela Vara da Infância e da Juventude, que evidenciam a dedicação do acusado a atividades criminosas.

4. Agravo regimental não provido

(AgRg no HC n. 758.733/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 26/9/2022)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO MANDAMUS. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do mandamus, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes.

- Quanto à vindicada absolvição por ausência de materialidade delitiva ante a inexistência de laudo toxicológico definitivo, verifico essa insurgência não foi submetida à apreciação e tampouco analisada pelo Tribunal estadual, tratando-se, portanto, de matéria nova, somente aventada nesta impetração, o que impede seu conhecimento diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

- A conclusão obtida pelas instâncias de origem sobre a condenação do paciente foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias em que ocorreram sua prisão em flagrante - após denúncia anônima informando a polícia que dois indivíduos faziam o comércio de entorpecentes na Cohab João Cristante e em uma residência, que já era um local conhecido pela polícia como ponto de venda de drogas, razão pela qual diligenciaram até o local e lá conseguiram apreender o paciente e os entorpecentes já prontos para venda, além de numerário - (e-STJ, fls. 31/32); tudo isso a indicar que ele tinha por finalidade a prática da mercancia ilícita.

- Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.

- A Corte estadual rechaçou a aplicação da causa especial de diminuição de pena, asseverando que tratando-se de pessoa reincidente, resta inaplicável o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (e-STJ, fl. 37). Desse modo, há óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado, ante a ausência de um dos requisitos exigidos para a concessão da benesse que é a primariedade.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 759.876/MT, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022)

Por sua vez, os temas relativos à minorante do tráfico e ao regime de cumprimento da pena foram afastados sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 271):

Finalmente, não se vislumbra violação ao art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006 e tampouco aos arts. 33, § 2.º, e 44, ambos do Código Penal.

O art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, mostra-se cabível ao agente primário, razão pela qual se mostra prescindível a reincidência específica.

Destarte, incólume a pena privativa de liberdade, incabível o regime inicial semiaberto em razão da reincidência (Código Penal, art. 33, § 2.º, "b"), bem como penas restritivas de direitos (Código Penal, art. 44, I).

O art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 prevê a redução da pena do agente que seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na hipótese, verificada a reincidência do paciente, não incidiu, corretamente, a minorante. Destaque-se que o fato de não se tratar de reincidência específica não é apto a atrair a incidência da referida causa de diminuição de pena. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SILÊNCIO DO ACUSADO. SITUAÇÃO QUE NÃO FOI INTERPRETADA EM PREJUÍZO DA DEFESA. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. CARACTERIZAÇÃO. AGRAVAMENTO DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. VEDAÇÃO EXPRESSA. INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA PREVISTA NA LEI N.º 11.343/06. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA OU LESÃO À LIBERDADE LOCOMOÇÃO. NÃO-CABIMENTO DO WRIT. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. O art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal é claro ao prescrever que o silêncio do acusado não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

2. Na espécie, contudo, o silêncio do Paciente na fase extrajudicial foi apenas um dos elementos que levou à convicção do órgão julgador, já que a sua condenação baseou-se na prisão em flagrante, no laudo

toxicológico e nos depoimentos dos policiais que participaram da prisão.

3. Assim, ainda que o acórdão não devesse ter feito referência ao silêncio do acusado, não houve prejuízo ao réu, pois a sua condenação não está fundamentada apenas nessa circunstância, mas em diversos outros elementos de prova. Logo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, não há nulidade a ser declarada.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte Superior de Justiça, é no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação aos princípios da isonomia, da culpabilidade e do ne bis in idem.

5. A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto.

6. "A via do habeas corpus não se presta para a discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada abstratamente ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que, em relação a essa matéria, não há nenhum risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena pecuniária, acaso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal. 4.

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado a ordem." (HC 162313/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 09/11/2011).

7. Ordem de habeas corpus conhecida em parte e, nessa extensão, denegada.

(HC n. 229.340/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 5/9/2013, DJe de 11/9/2013.)

Finalmente, o regime fechado estipulado para o cumprimento da pena, fixada em 5 anos de reclusão, deve ser mantido, pois conforme corretamente fundamentado pelo Tribunal de origem, incólume a pena privativa de liberdade, incabível o regime inicial semiaberto em razão da reincidência (e-STJ fl. 271).

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTORA DO ART. 41 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS. REGIME INICIAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

V - Na hipótese, a fixação do regime fechado se mostra adequada para o início de cumprimento da pena em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, bem como pela negativação da circunstância judicial dos maus antecedentes e a reincidência do paciente, elementos que justificam o recrudescimento do regime inicial de cumprimento de

pena. Precedentes.

VI - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 753.790/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 16/12/2022)

Não há que se falar, portanto, em flagrante ilegalidade a ser sanada na presente via.

Ante o exposto, não conheço do presente habeas corpus.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0438784-0

**AgRg no
HC 874.243 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15031497020218260073 21761252021 21954365720238260000

EM MESA

JULGADO: 06/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA
ADVOGADO : DANIEL ROBERTO DE SOUZA - SP289297
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO MOISES FERREIRA FILHO (PRESO)
CORRÉU : ROBERT RAMOS FERREIRA
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 : REGINALDO MOISES FERREIRA FILHO (PRESO)
ADVOGADO : DANIEL ROBERTO DE SOUZA - SP289297
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

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