



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 904707 - SP (2024/0123909-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MARCOS VINICIUS JACINTO (PRESO)
ADVOGADO : DOUGLAS EDUARDO CAMPOS MARQUES - SP286102
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*. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. BUSCAS PESSOAL E DOMICILIAR. FUNDADAS RAZÕES. CONSENTIMENTO. DEMONSTRAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE. ACRÉSCIMO DE 3/5. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. MINORANTE DO TRÁFICO. INCIDÊNCIA AFASTADA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ATO INFRACIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A busca pessoal, à qual se equipara a busca veicular, é regida pelo art. 244, do Código de Processo Penal. Exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito, ou, ainda, a medida é válida quando for determinada no curso de busca domiciliar.

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 fundadas razões para a busca pessoal no paciente, uma vez que os policiais estavam em patrulhamento, em local conhecido pelo tráfico de drogas, quando ali avistaram o paciente, que se apresentou nervoso ao avistar a viatura policial, começando a andar mais rápido.

4. Outrossim, o paciente informou aos policiais que tinha droga em sua residência, constatando-se que os policiais verificaram a situação de flagrante delito antes mesmo de entrar na casa do paciente. De fato, os agentes só procederam à busca domiciliar após ter ele admitido ter em depósito mais entorpecentes, levando os militares até o local, onde teve a entrada franqueada pela genitora do paciente. Efetivamente, foram

apreendidas 3.777,420 gramas de maconha na forma de 5 invólucros de plástico aderente, e 1.078,080 gramas de maconha em 30 invólucros de plástico incolores e 2,8400 gramas de cocaína em 11 porções (em 4 invólucros de plástico incolor aderente e 7 porções desprovidas de invólucro individual).

5. Verificada a situação de flagrante delito, consoante demonstrado, de somenos importância o consentimento da genitora do paciente. Não obstante, a Corte local consignou que a entrada no domicílio do paciente foi por ela franqueada. De qualquer sorte, para modificar as premissas fáticas no sentido de concluir de que o consentimento do morador não restou livremente prestado, seria necessário o revolvimento de todo o contexto fático-probatório dos autos, expediente inviável na sede mandamental.

6. A exasperação da pena-base em 3/5, em decorrência da quantidade de droga apreendida, não encerra ilegalidade, estando em consonância com o que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

7. No presente caso, o Tribunal local formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não apenas em razão da existência de registro de ato infracional, mas também porque confessou que estaria guardando porções de droga e petrechos para outra pessoa, por ter demonstrado atitude suspeita em local conhecido como ponto de venda de drogas e com ele ter sido encontrado dinheiro cuja origem lícita não foi indicada. De tal modo, não é possível na via eleita desconstituir referida conclusão, porquanto demandaria indevido revolvimento de fatos e provas.

8. 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 13/08/2024 a 19/08/2024, 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, 19 de agosto de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 904707 - SP (2024/0123909-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MARCOS VINICIUS JACINTO (PRESO)
ADVOGADO : DOUGLAS EDUARDO CAMPOS MARQUES - SP286102
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*. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. BUSCAS PESSOAL E DOMICILIAR. FUNDADAS RAZÕES. CONSENTIMENTO. DEMONSTRAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE. ACRÉSCIMO DE 3/5. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. MINORANTE DO TRÁFICO. INCIDÊNCIA AFASTADA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ATO INFRACIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A busca pessoal, à qual se equipara a busca veicular, é regida pelo art. 244, do Código de Processo Penal. Exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito, ou, ainda, a medida é válida quando for determinada no curso de busca domiciliar.

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 fundadas razões para a busca pessoal no paciente, uma vez que os policiais estavam em patrulhamento, em local conhecido pelo tráfico de drogas, quando ali avistaram o paciente, que se apresentou nervoso ao avistar a viatura policial, começando a andar mais rápido.

4. Outrossim, o paciente informou aos policiais que tinha droga em sua residência, constatando-se que os policiais verificaram a situação de flagrante delito antes mesmo de entrar na casa do paciente. De fato, os agentes só procederam à busca domiciliar após ter ele admitido ter em depósito mais entorpecentes, levando os militares até o local, onde teve a entrada franqueada pela genitora do paciente. Efetivamente, foram

apreendidas 3.777,420 gramas de maconha na forma de 5 invólucros de plástico aderente, e 1.078,080 gramas de maconha em 30 invólucros de plástico incolores e 2,8400 gramas de cocaína em 11 porções (em 4 invólucros de plástico incolor aderente e 7 porções desprovidas de invólucro individual).

5. Verificada a situação de flagrante delito, consoante demonstrado, de somenos importância o consentimento da genitora do paciente. Não obstante, a Corte local consignou que a entrada no domicílio do paciente foi por ela franqueada. De qualquer sorte, para modificar as premissas fáticas no sentido de concluir de que o consentimento do morador não restou livremente prestado, seria necessário o revolvimento de todo o contexto fático-probatório dos autos, expediente inviável na sede mandamental.

6. A exasperação da pena-base em 3/5, em decorrência da quantidade de droga apreendida, não encerra ilegalidade, estando em consonância com o que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

7. No presente caso, o Tribunal local formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não apenas em razão da existência de registro de ato infracional, mas também porque confessou que estaria guardando porções de droga e petrechos para outra pessoa, por ter demonstrado atitude suspeita em local conhecido como ponto de venda de drogas e com ele ter sido encontrado dinheiro cuja origem lícita não foi indicada. De tal modo, não é possível na via eleita desconstituir referida conclusão, porquanto demandaria indevido revolvimento de fatos e provas.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por MARCOS VINICIUS JACINTO contra decisão monocrática, da minha lavra, que não conheceu do *mandamus*.

O agravante reitera, em síntese, a inexistência de justa causa para as buscas pessoal e domiciliar; que não foi comprovado o consentimento de sua genitora quanto à entrada em domicílio; que a exasperação da pena-base foi desarrazoada e que deve incidir a minorante do tráfico, posto que o registro de ato infracional anterior não pode ser utilizado para caracterizar a dedicação do agente a atividade criminosa.

Pugna, assim, pelo provimento do agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, a decisão monocrática foi proferida sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 314/323):

A Corte local, ao analisar a alegação defensiva relativa à ilicitude das buscas pessoal e domiciliar, assim fundamentou (e-STJ fls. 37 e 44/45):
[...].

O policial militar Wesley, narra que no dia 04/08/2022, realizava um patrulhamento de rotina com seu colega em local conhecido pela prática de venda de entorpecentes, quando se depararam com o apelante que se apresentou nervoso ao avistar avistou a viatura, começando a andar mais rápido, o que motivou a abordagem. Abordado, na sacola que carregava foi encontrada a quantia de R\$30,30 reais, em moeda. Revistado, com ele nada de ilícito foi encontrado.

Indagado pelos policiais se trabalhava ou tinha envolvimento com tráfico, o depoente respondeu que era desempregado e já havia se envolvido com tráfico, afirmando que possuía drogas em sua casa, então os policiais se dirigiram até a residência do apelante, onde foram autorizados a entrar pela mãe dele. No imóvel foram localizados, no quarto do réu dentro de um armário, 6 tijolos e meio de maconha; 9 porções esparsas e outros fragmentos da erva semelhante; balanças; facas; tubos de filme pvc. Após a apreensão das porções de entorpecente e petrechos, o acusado permaneceu em silêncio.

No mesmo sentido o depoimento do policial militar acrescentando aos fatos que o apelante ao ser indagado sobre o encontro das porções de entorpecente e objetos encontrados, afirmou que pertenciam a outra pessoa e estaria guardando-as para ela.

Logo não há como desprezar os depoimentos dos policiais que se encontraram harmônicos.

[...].

Plenamente válidos os depoimentos dos policiais, portanto.

Verificados, portanto, materialidade e autoria, de rigor a condenação do réu por tráfico de drogas.

Quanto à destinação, a quantidade (3.777,42g e 1.078,080g - tijolos de maconha), incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento (seis tabletes e meio além das nove porções pequenas de maconha), própria para a venda a varejo; o fato do local ser conhecido como ponto de venda de drogas; os objetos encontrados junto com os entorpecentes (balanças, facas, estilete, sacos plásticos e papel filme, inclusive alguns deles apresentavam resquícios de drogas, conforme atesta o laudo pericial de folhas 42); o fato de que o réu não teria condições econômicas de possuir a droga para seu uso pessoal; e a confissão judicial dão a necessária certeza de que as porções de entorpecente se destinam ao tráfico ilícito.

A apreensão de balança de precisão indica a intenção de separar a grande quantidade apreendida em uma única porção em porções menores, próprias para a venda a varejo, conduta indicativa de atividade de tráfico.

Por isso, tem-se decidido no C.

Superior Tribunal de Justiça que a presença de balança de precisão é prova indiciária de tráfico de entorpecentes em caráter habitual.

[...].

No que concerne as alegações de que não houve obediência aos princípios constitucionais da intimidade, da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade de domicílio e o direito à não autoincriminação. Tais alegações foram exaustivamente debatidas na r.

sentença condenatória quando da análise das preliminares.

O réu que estava em local conhecido como ponto de venda de drogas ao notar a presença policial tentou fugir do local, demonstrando nervosismo e, ao ser abordado com ele foi encontrada certa quantia, em dinheiro, cujo origem não foi esclarecida. Ao ser questionado se já teve envolvimento com o tráfico, respondeu afirmativamente. Devido à suspeita de que o acusado estivesse envolvido em tráfico de drogas, os policiais militares dirigiram-se até a residência do acusado, onde sua genitora permitiu a entrada dos agentes públicos. No quarto do dele, foram encontradas as drogas acima mencionadas, além de três balanças de precisão, duas fitas adesivas, um estilete, uma lâmina, três facas, três tubos de plástico filme e diversos plásticos transparentes, todos com resquícios de maconha.

Acerca da busca pessoal consoante artigo 240, § 2º do Código de Processo Penal exige-se para sua ocorrência a fundada suspeita.

Sobre o tema entende o Superior Tribunal de Justiça:

“No que se refere à busca pessoal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que se exige, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência”.

Segundo mencionado aresto a fundada suspeita demanda: 1. Um juízo de probabilidade com a maior precisão possível; 2. Aferição a partir de parâmetros objetivos; 3. Justificação por indícios e circunstâncias do caso concreto.

No caso em tela, como acima relatado, portanto, há fundada suspeita.

Tem-se manifesta, dessa forma, a existência de fundadas razões para a abordagem do paciente, uma vez que os policiais estavam realizando patrulhamento de rotina em local sabidamente conhecido pela prática de tráfico, quando avistaram o paciente, o qual se mostrou nervoso ao avistar a viatura policial e começou a andar mais rápido, contexto que revela dados concretos, objetivos e idôneos aptos a legitimar as diligências. Desse modo, a busca pessoal traduziu exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial.

Não se vislumbra, portanto, qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, "amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou preconceito de raça ou classe social, motivos que, obviamente, conduziram à nulidade da busca pessoal, o que não se verificou no caso". (AgRg no HC n. 832.832/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 14/9/2023.)

De fato, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, "se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública" (RHC 229.514/PE, julgado em 28/8/2023).

Demais disso, o paciente informou aos policiais que tinha droga em sua residência, constatando-se que os policiais verificaram a situação de flagrante delito antes mesmo de entrar na casa do paciente. De fato, os agentes só procederam à busca domiciliar após ter ele admitido ter em depósito mais entorpecentes, levando os militares até o local, onde teve a entrada franqueada pela genitora do paciente.

Saliente-se que na busca domiciliar houve a apreensão de 3.777,420 gramas de maconha na forma de 5 invólucros de plástico aderente, e 1.078,080 gramas de maconha em 30 invólucros de plástico incolores e 2,8400 gramas de cocaína em 11 porções (em 4 invólucros de plástico incolor aderente e 7 porções desprovidas de invólucro individual) (e-STJ fl. 73).

Constata-se, portanto, que a abordagem policial 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 para a realização da prisão em flagrante. Dessa forma, não há se falar em nulidade.

Nesse sentido:

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO EM HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO TERMINATIVA. PRETENDIDA OBTENÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO EM FLAGRANTE. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO INDEFERITÓRIA DE LIMINAR EM OUTRO HABEAS CORPUS NA ORIGEM, AINDA NÃO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DA SUPREMA CORTE. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. PREJUDICADO O PEDIDO DE FLS. 240-250.

1. O Requerente busca a obtenção de efeitos infringentes. Dessa forma, em razão de ter sido protocolado dentro do prazo recursal, o pedido de reconsideração deve ser recebido como agravo regimental, com fundamento nos princípios da economia processual e da fungibilidade dos recursos.

2. Não se admite habeas corpus contra decisão denegatória de liminar proferida em outro writ na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância. Súmula n. 691/STF.

3. No caso, não se constata ilegalidade patente que autorize a mitigação da Súmula n. 691 da Suprema Corte, tendo em vista que o ingresso em domicílio se deu em situação de flagrante, porquanto após troca de tiros no local, a polícia foi acionada e, ao chegarem no local, diante da existência de vestígios de sangue, entraram na residência para averiguar a existência de feridos, ocasião em que foram encontradas drogas, arma, munição e balanças de precisão.

4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental. Recurso desprovido. Prejudicado o pedido de fls. 240-250.

(RCD no HC n. 806.008/BA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 19/5/2023.)

Relevante destacar, ademais, que a entrada no domicílio do paciente foi franqueada por sua genitora, após sua confissão informal, o que afasta o conceito de invasão. Assim, para modificar as premissas fáticas no sentido de concluir de que o consentimento do morador não restou livremente prestado, seria necessário o revolvimento de todo o contexto fático-probatório dos autos, expediente inviável na sede mandamental.

Em relação aos delitos previstos na Lei 11.343/2006, consoante disposição

legal, prevista no art. 42 da aludida lei, O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO QUE, ISOLADO, NÃO É IDÔNEO PARA O AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, NA FRAÇÃO MÍNIMA. CONDIÇÃO DE "MULA". PRECEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento segundo o qual a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).

3. No caso, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso do Ministério Público para considerar a quantidade de drogas apreendida como circunstância negativa na primeira fase do cálculo, mas afastou a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 também com fundamento na quantidade de droga apreendida em poder do agravado, indicadora de que ele dedicar-se-ia a atividades criminosas, o que, com base na atual jurisprudência desta Corte sobre o tema, não se admite. No entanto, as circunstâncias do caso concreto permitem a conclusão de que o agravado exerceu o papel de "mula" do tráfico e não de integrante de organização criminosa, o que justifica a incidência da fração mínima de redução, na espécie, pois o transportador teve perfeita consciência de estar a serviço de um grupo dessa natureza, o que não pode ser desprezado, reforçado tal patamar na espécie pela expressiva quantidade de drogas apreendida.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 747.301/SC, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022)

No que concerne à dosimetria, a pena do paciente foi assim fixada pela Corte de origem (e-STJ fls. 55/58):

A r. sentença fixou a pena base no piso, tendo o Ministério Público se insurgindo contra.

Na dosagem da pena, observo que foi apreendida grande quantidade de entorpecente. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública, fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um enorme

número de pessoas, circunstância que autoriza a exasperação da pena em face da maior reprovabilidade da conduta.

O fato de ser primário e não ostentar antecedentes não afasta o aumento, visto a maior ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, saúde pública, fato que autoriza exasperação da pena, principalmente em vista do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, que afirma que a quantidade de entorpecente apreendido tem preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal.

[...].

Desta forma, aplico o aumento de 3/5 acima do mínimo legal, atendendo ao recurso ministerial, devido a quantidade de drogas, fixando a base em 8 anos de reclusão e 800 dias-multa.

Na segunda fase presentes as atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea, aplica-se redução de 1/5, reduzindo a pena para 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 640 dias-multa.

Na terceira fase, a r. sentença, aplicou o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/2 e o Ministério Público insurgiu-se contra.

Incabível o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que o réu se dedicava a prática de atividade criminosa, até mesmo porque foi confessado por ele que estaria guardando porções de droga e petrechos para outra pessoa. Além de se tratar de pessoa com antecedentes infracionais pela prática de ato análogo ao crime de tráfico e ter demonstrado atitude suspeita em local conhecido como ponto de venda de drogas e com ele ter sido encontrado dinheiro, cuja origem lícita não foi indicada.

Foram aplicados o regime prisional aberto e a substituição da pena privativa por restritiva de direitos na r. sentença, tendo recurso ministerial contra isso.

Com razão o pedido ministerial.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade e o sursis em face do quantum de pena, com fulcro no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida grande quantidade de entorpecente. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar grande número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Ademais o réu ostenta ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

[...].

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público aumentando a pena base e afastando o redutor, condenando o réu à pena de 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 640 dias-multa, afastando-se, ainda, a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e NEGO PROVIMENTO ao apelo defensivo.

Portanto, o aumento da pena-base se deu com fundamento na quantidade expressiva de entorpecente apreendido - 3.777,42 gramas de maconha na forma de 5 invólucros de plástico aderente, e 1.078,08 gramas de maconha em 30 invólucros de plástico incolores e 2,84 gramas de cocaína - o que,

efetivamente, enseja o incremento da pena. A propósito:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 E 68 DO CÓDIGO PENAL - CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM 3/5. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OCUPAÇÃO LÍCITA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/06. CAUSA DE AUMENTO DE NATUREZA OBJETIVA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Tanto o Tribunal de origem quanto o Juízo a quo, dotados de discricionariedade quanto da fixação da pena-base, entenderam como correto o aumento de 3/5, em razão da quantidade de drogas apreendidas, bem como da não comprovação do exercício de atividades lícitas. Dessa forma, inexistente ilegalidade, não há como alterar a fração aplicada para 1/6, sob pena de incidência da Súmula n. 7/STJ.

2. A causa de aumento prevista no III do art. 40 da Lei n. 11.343/06 é de natureza objetiva, sendo necessário somente que as agravantes tenham noção de onde se encontravam no momento da ação delitiva.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.991.956/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NA REVISÃO CRIMINAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. DESPROPORCIONALIDADE NÃO CONSTATADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A quantidade e a natureza das drogas são circunstâncias preponderantes na fixação da pena-base no crime de tráfico de drogas, como prevê expressamente o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Não há desproporcionalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerados o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas, a apreensão de expressiva quantidade de entorpecentes e precedentes do Superior Tribunal de Justiça com conclusões semelhantes à da hipótese.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg na RvCr n. 5.727/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 14/9/2022, DJe de 28/9/2022)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXASPERAÇÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Ao exasperar a pena-base, o Tribunal de origem assentou que "Em relação à quantidade da substância, entendendo que 1,470kg (um quilo e quatrocentos e setenta gramas) de maconha é uma porção elevada o suficiente para justificar a exasperação da pena-base, razão pela qual esta vetorial deve ser negatizada" (fl. 26).

2. Segundo o entendimento deste Tribunal Superior, "É legítima a exasperação da reprimenda do crime de tráfico de drogas com base na quantidade da droga apreendida" (HC n. 326.748/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 26/8/2015).

3. No que tange ao quantum de aumento, verifica-se que o aumento de 1 ano e 3 meses (1/8) para a circunstância judicial negativa não é

desproporcional, pois foi idoneamente motivado e leva em conta, inclusive, o máximo e o mínimo cominados para o crime de tráfico de drogas - 5 a 15 anos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no HC n. 695.533/AL, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022)

Na segunda etapa da dosimetria o Tribunal local reduziu a pena em 1/5 diante das atenuantes da confissão e menoridade relativa. Com efeito, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o aumento para cada agravante ou de diminuição para cada atenuante deve ser realizado em 1/6 da pena-base, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar concretamente fundamentado (AgRg no REsp n. 2.069.190/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe 13/9/2023).

Na hipótese, verifica-se que o julgador não apresentou motivação idônea para a redução em patamar diverso de 1/6 para cada atenuante, contrariando entendimento jurisprudencial desta Corte segundo. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO QUALIFICADA PARA 1/12. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA APLICAR A REDUÇÃO EM MENOR EXTENSÃO. MANUTENÇÃO DA REDUÇÃO EM 1/6. PRECEDENTES. SANÇÃO INALTERADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem assentado que, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo (AgRg no REsp n. 1.412.043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

2. A matéria, inclusive, encontra-se sumulada, consoante o enunciado n. 545 da Súmula desta Corte, que dispõe: Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

3. A Corte alagoana consignou expressamente que se o agente reconhece sua participação no evento delituoso, contudo, alega que o fez em legítima defesa não há aí "confissão da autoria do crime", ao revés, há confissão de que ele não incidiu em crime algum (e-STJ, fl. 101). Desse modo, houve a confissão, ainda que qualificada; assim, constato o flagrante constrangimento ilegal apontado pela impetrante e, de ofício, reconheço a incidência da confissão espontânea ao paciente.

4. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o aumento para cada agravante ou de diminuição para cada atenuante deve ser realizado em 1/6 da pena-base, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar concretamente fundamentado (AgRg no REsp n. 2.069.190/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe 13/9/2023).

5. Na espécie, não havendo a Corte estadual sequer reconhecido a incidência da referida atenuante, ainda que qualificada, e sendo sua

incidência reconhecida de ofício, não há justificativa para aplicá-la em menor extensão. Precedentes.

6. Passo, agora, ao novo cálculo da dosimetria da pena, observados os critérios adotados pelas instâncias singelas: Na primeira fase, mantenho a pena-base em 18 anos de reclusão. Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes e reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea e da menoridade relativa, reduzo a sanção em 1/3 (1/6 para circunstância atenuante), fixando-a em 12 anos de reclusão. Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena, a sanção do paciente fica definitivamente estabilizada em 12 anos de reclusão.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 881.988/AL, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/3/2024, DJe de 13/3/2024.)

Por fim, a minorante do tráfico foi afastada tendo em vista que o réu se dedicava a prática de atividade criminosa, até mesmo porque foi confessado por ele que estaria guardando porções de droga e petrechos para outra pessoa. Além de se tratar de pessoa com antecedentes infracionais pela prática de ato análogo ao crime de tráfico e ter demonstrado atitude suspeita em local conhecido como ponto de venda de drogas e com ele ter sido encontrado dinheiro, cuja origem lícita não foi indicada.

Verifica-se, portanto, que a minorante do tráfico foi afastada tendo em vista que não preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, posto que demonstrada sua dedicação à atividade criminosa.

Concluir de forma diversa ensejaria indevido revolvimento fático-probatório. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra LAURITA VAZ, ocorrido em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022, Tema n. 1139, sob a égide dos recursos repetitivos, firmou a tese de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 1º/2/2017).

3. No presente caso, o Tribunal local formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o acusado se dedicava às atividades criminosas, não apenas em razão da existência de registro criminal, mas tendo em vista as circunstâncias em que ocorreu o delito - mormente a apreensão de petrechos relacionados ao tráfico, tudo, em conjunto, a indicar que não se trataria de traficante

eventual. Assim, para se acolher a tese de que o envolvido não se dedica a atividade criminosa, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como requer a parte recorrente, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.464.746/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024.)

Oportunamente, destaque-se que a histórico infracional pode, efetivamente, afastar a minorante do tráfico, consoante entendimento jurisprudencial desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. ATOS INFRACIONAIS. ENTENDIMENTO PERFILHADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CONSENTÂNEO COM O FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DO WRIT. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

*II - Pedido de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Esta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.916.596, em 8/9/2021, a Terceira Seção, consolidando a sua jurisprudência, firmou compreensão de que **o histórico infracional do acusado pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.***

III - In casu, as instâncias ordinárias não aplicaram a minorante ao entendimento de que o paciente ostenta diversas atos infracionais pretéritos por tráfico de drogas e homicídio demonstrando sua dedicação à prática criminosa.

IV - De outro lado, o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, sendo dever da defesa demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente. In casu, a defesa não juntou certidão ou documento que comprovasse suas alegações. Desta feita, não é possível acolher a pretensão defensiva, segundo as alegações vertidas na exordial, sem revolvimento fático-probatório, medida interdita na via eleita.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 894.494/ES, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 20/5/2024, DJe de 24/5/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. HISTÓRICO DE ATOS INFRACIONAIS. PROXIMIDADE TEMPORAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção

ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

2. Sobre o tema: A jurisprudência dessa Corte Superior pacificou o entendimento no sentido de que **registros de atos infracionais cometidos pelo réu, especialmente quando análogos ao delito de tráfico e que apresentem conexão temporal com o delito em tela, são aptos a demonstrar a dedicação do paciente a atividades criminosas e a afastar a incidência do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006** (AgRg no HC n. 799.162/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 6/3/2023.)

3. No caso, o Tribunal de origem bem fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, diante da propensão do paciente à atividade criminosa, diante da natureza dos atos infracionais - análogos ao tráfico de drogas, bem como da proximidade temporal da conduta -, uma vez que os atos infracionais ocorreram nos anos de 2019 e 2020, e o crime em comento foi praticado em 26/4/2023, in verbis: "o conjunto probatório se mostrou suficiente para comprovar que o apelantes e dedicava a atividades criminosas, principalmente o tráfico de drogas, eis que já respondeu por diversos atos infracionais, inclusive dois equiparados ao tráfico de drogas (fls. 28, 104 e 120/125), não fazendo mesmo jus ao benefício", em consonância com a jurisprudência desta Corte.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 889.676/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 20/5/2024, DJe de 22/5/2024.)

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 904.707 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0123909-2

Número de Origem:
15018527820228260530 22122222022 903312022

Sessão Virtual de 13/08/2024 a 19/08/2024

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 : DOUGLAS EDUARDO CAMPOS MARQUES
ADVOGADO : DOUGLAS EDUARDO CAMPOS MARQUES - SP286102
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS VINICIUS JACINTO (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 : MARCOS VINICIUS JACINTO (PRESO)
ADVOGADO : DOUGLAS EDUARDO CAMPOS MARQUES - SP286102
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 13/08/2024 a 19/08/2024, 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, 19 de agosto de 2024