



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 907613 - SP (2024/0140025-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : KAROLAINÉ DOS SANTOS CONSENTINO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS PAMPANA BASOLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP263943
AGRAVANTE : LUIZ FELIPE OLIVEIRA MACHADO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS PAMPANA BASOLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP263943
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*. TRÁFICO. INVASÃO DE DOMICÍLIO. MATÉRIA JÁ EXAMINADA POR ESTA CORTE. IMPETRAÇÃO ANTERIOR DE CORRÉU. INVIABILIDADE DE NOVA ANÁLISE DO TEMA. MINORANTE DO TRÁFICO. DEDICAÇÃO DOS PACIENTES À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO DIVERSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA DE RECLUSÃO FIXADA EM 5 ANOS. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O RECRUDESCIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O tema relativo à invasão de domicílio já foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do *habeas corpus* n. 874.288, impetrado por corrêu nos autos da ação penal, embora tenha se insurgido contra acórdão distinto do que ensejou a presente impetração. Nesse contexto, apesar de, no ponto, o presente *habeas corpus* não revelar mera reiteração, uma vez que impugna acórdão distinto, tem-se que a matéria já foi efetivamente examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando se concluiu pela ausência de nulidade. Dessa forma, não é possível examinar novamente o tema.

2. 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.

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 os acusados se dedicavam às atividades criminosas, tendo em vista as circunstâncias em que ocorreu o delito - mormente a apreensão de petrechos relacionados ao tráfico, como caderno com anotações comumente utilizados no tráfico, uma mini balança de precisão, dois rádios pequenos, tipo HT, uma máquina de cartão e dinheiro - tudo, em conjunto, a afastar a hipótese de traficantes eventuais. Assim, para se acolher a tese de que os envolvidos não se dedicavam à atividade criminosa, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como requerem os recorrentes, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na presente sede.

4. Fixada a pena dos pacientes em 5 anos de reclusão, inviável a pretendida substituição por penas restritivas de direitos, nos termos do que preconiza o art. 44, I, do CP.

5. Quanto ao regime fixado para o cumprimento da pena, fechado, constata-se que muito embora a pena-base tenha sido estipulada no mínimo legal, houve fundamentação concreta para seu recrudesimento, consistente na periculosidade dos réus e com vista a evitar a reiteração delitiva.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, 14 de maio de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 907613 - SP (2024/0140025-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : KAROLAINÉ DOS SANTOS CONSENTINO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS PAMPANA BASOLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP263943
AGRAVANTE : LUIZ FELIPE OLIVEIRA MACHADO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS PAMPANA BASOLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP263943
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*. TRÁFICO. INVASÃO DE DOMICÍLIO. MATÉRIA JÁ EXAMINADA POR ESTA CORTE. IMPETRAÇÃO ANTERIOR DE CORRÉU. INVIABILIDADE DE NOVA ANÁLISE DO TEMA. MINORANTE DO TRÁFICO. DEDICAÇÃO DOS PACIENTES À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO DIVERSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA DE RECLUSÃO FIXADA EM 5 ANOS. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O RECRUDESCIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O tema relativo à invasão de domicílio já foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do *habeas corpus* n. 874.288, impetrado por corrêu nos autos da ação penal, embora tenha se insurgido contra acórdão distinto do que ensejou a presente impetração. Nesse contexto, apesar de, no ponto, o presente *habeas corpus* não revelar mera reiteração, uma vez que impugna acórdão distinto, tem-se que a matéria já foi efetivamente examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando se concluiu pela ausência de nulidade. Dessa forma, não é possível examinar novamente o tema.

2. 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.

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 os acusados se dedicavam às atividades criminosas, tendo em vista as circunstâncias em que ocorreu o delito - mormente a apreensão de petrechos relacionados ao tráfico, como caderno com anotações comumente utilizados no tráfico, uma mini balança de precisão, dois rádios pequenos, tipo HT, uma máquina de cartão e dinheiro - tudo, em conjunto, a afastar a hipótese de traficantes eventuais. Assim, para se acolher a tese de que os envolvidos não se dedicavam à atividade criminosa, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como requerem os recorrentes, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na presente sede.

4. Fixada a pena dos pacientes em 5 anos de reclusão, inviável a pretendida substituição por penas restritivas de direitos, nos termos do que preconiza o art. 44, I, do CP.

5. Quanto ao regime fixado para o cumprimento da pena, fechado, constata-se que muito embora a pena-base tenha sido estipulada no mínimo legal, houve fundamentação concreta para seu recrudesimento, consistente na periculosidade dos réus e com vista a evitar a reiteração delitiva.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por KAROLAINÉ DOS SANTOS CONSENTINO e LUIZ FELIPE OLIVEIRA MACHADO contra decisão monocrática, da minha lavra, que não conheceu do *mandamus*.

Os agravantes reiteram, em síntese, que houve invasão de domicílio, o que enseja o reconhecimento da nulidade da prova e consequente absolvição.

Asseveram que não verificada a hipótese de flagrante e que *o consentimento, desacompanhado da advertência acerca da não obrigação de produzir prova contra si mesmo, não é suficiente para autorizar o ingresso na residência da pessoa presa em flagrante ou suspeita do cometimento de delito* (e-STJ fls. 139/140). Ademais, que a verificação de flagrância, posteriormente à entrada em domicílio, não convalida o ato.

Aduzem que a minorante do tráfico deve incidir em sua fração máxima. Uma vez reduzida a pena, que seja fixado o regime aberto para seu cumprimento e convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Pugnam, 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. 121/130):

Busca a defesa, no presente caso, o reconhecimento da ilicitude das provas em decorrência de invasão de domicílio. Subsidiariamente, que incida a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo, e que seja fixado o regime aberto para o cumprimento da reprimenda, além de substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

No tocante ao exame do tema relativo à invasão de domicílio, verifica-se que a matéria já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do habeas corpus n. 874.288, impetrado pelo corréu Fábio Santos Resende, embora tenha se insurgido contra acórdão distinto do que ensejou a presente impetração.

Naqueles autos, a tese defensiva não foi acolhida sob a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 27/30 do habeas corpus n. 874288):

O Tribunal a quo consignou que (e-STJ fls. 19/20):

Não se vislumbra qualquer ilegalidade na decisão proferida pelo Juízo de Primeiro Grau, estando devidamente fundamentada, observando-se os preceitos legais e as circunstâncias do caso concreto.

Segundo consta, na data dos fatos, o paciente, Luis Felipe Oliveira Machado e Karoline dos Santos Consentino, agindo de forma associada entre si e terceiros não identificados, traziam consigo e tinham em depósito, para fins de distribuição, um tablete, contendo 1,34 grama, e uma porção, contendo 0,67 grama de cannabis sativa lineu, vulgarmente conhecida como maconha, uma porção, contendo 38,8 gramas, e outras 55 porções, contendo 4,51 gramas de crack, além de três porções, contendo 0,44 grama de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta, ainda, que, em momentos anteriores e concomitantes aos fatos acima citados, na Cidade de Vera Cruz, na Comarca de Marília, Luis Felipe Oliveira Machado, Karoline dos Santos Consentino e o paciente associaram-se entre si e a terceiros não identificados, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de entorpecentes.

Narrou a denúncia que, na data acima referida, o Setor de Investigação da Polícia Civil recebeu uma notícia anônima, apontando que Luis receberia grande quantidade de drogas de um indivíduo, oriundo do Município de Garça, e que estaria nos fundos de um local conhecido como “Viela”, notório ponto de tráfico de drogas da cidade.

Assim, o local foi alvo de operação de campana policial por volta das 18:00 horas, que flagrou a chegada de diversos veículos no local, dos quais saíam indivíduos com algo nas mãos e se dirigiam aos fundos da “Viela”.

Em determinado momento, Luis foi avistado, deixando a “Viela”, de modo que acabou abordado pelos policiais, que davam apoio à operação e acabou surpreendido, trazendo consigo, nos seus bolsos, uma quantia em dinheiro (R\$ 402,00) e uma porção de maconha, envolta em filme plástico (1,34grama).

Na sequência, as os policiais dirigiram-se à residência, localizada aos fundos da “Viela”, onde foram recebidos por Fábio que, revistado, já foi flagrado portando, em seu bolso, um invólucro plástico com maconha (0,67grama).

Destaque-se que Fábio autorizou o acesso ao imóvel e informou que havia uma porção de droga no local.

Ato contínuo, os policiais dirigiram-se à residência de Luis, localizada

a poucos metros do local, onde sua amásia Karoline abriu a porta e possibilitou a imediata constatação da existência de uma grande pedra de crack, pesando 38,8 gramas, no interior do imóvel.

A increpada autorizou o ingresso dos policiais na residência, sendo localizadas, durante as buscas, outros três microtubos plásticos, com cocaína (0,44 grama), uma balança de precisão, um caderno com anotações típicas do tráfico de drogas, 217 microtubos vazios, uma máquina de cartão de crédito e rádios de comunicação.

(...)

E certo é que a inviolabilidade do domicílio não é direito absoluto, prevendo a própria Constituição da República hipóteses em que é possível a entrada em residência sem o consentimento do morador, dentre as quais se destaca o caso de flagrante delito.

Nesse passo, dispõe o Código de Processo Penal, em seu artigo 303, que, "nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência". Essa é exatamente a hipótese retratada nos autos, de modo que não se configura a alegada invasão de domicílio.

Assim, ao menos, em sede de cognição sumária, não se vislumbra a ilegalidade mencionada, não sendo caso de concessão da medida de urgência.

Ressalte-se, ademais, que o paciente ostenta maus antecedentes, o que denota risco de reiteração delitiva se colocado em liberdade.

(...)

Convém lembrar que os fundamentos da preventiva estão relacionados ao processo (necessidade de garantir a instrução penal), ao direito material (aplicação da lei penal) e à sociedade (garantia da ordem pública), os quais, se não afastados, não podem sucumbir perante circunstâncias "pessoais", salvo o artigo 318, do CPP, inaplicável aos autos, pois as hipóteses lá previstas são taxativas.

Tampouco há que se falar em aplicação das medidas cautelares diversas do cárcere, já que presentes os requisitos da prisão preventiva (artigo 312 do CPP), além daquelas serem insuficientes para impedir a reiteração criminosa.

Segundo consta dos autos, em decorrência de denúncia anônima dando conta do recebimento de grande quantidade de drogas "nos fundos de um local conhecido como 'Viela', notório ponto de tráfico de drogas da cidade" (e-STJ fl. 18), o local foi alvo de operação de campana policial, na qual se flagrou a chegada de diversos veículos, dos quais saíam indivíduos com objetos nas mãos e se dirigiam aos fundos da "Viela". Um dos corréus foi avistado, deixando o local e acabou sendo abordado pelos policiais, que encontraram quantia em dinheiro (R\$ 402,00) e uma porção de maconha, envolta em filme plástico (1,34 grama). Na sequência, os policiais dirigiram-se à residência de Fábio, localizada aos fundos da "Viela", onde foi ele flagrado portando um invólucro plástico com maconha (0,67 grama). Ato contínuo, os policiais dirigiram-se à residência de Luis, onde foi constatada a existência de uma grande pedra de crack, pesando 38,8 gramas. Durante as buscas, foram encontrados outros três microtubos plásticos, com cocaína (0,44 grama), uma balança de precisão, um caderno com anotações típicas do tráfico de drogas, 217 microtubos vazios, uma máquina de cartão de crédito e rádios de comunicação.

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 no imóvel do paciente, haja vista a prévia campana policial, que constatou a situação de flagrância do

paciente.

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 autorização do proprietário do domicílio.

Destarte, não obstante a irresignação defensiva, 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).

Nesse contexto, apesar de, no ponto, o presente habeas corpus não revelar mera reiteração, uma vez que impugna acórdão distinto, qual seja, o proferido na apelação criminal n. 150733-66.2022.8.26.0344, tem-se que a matéria já foi efetivamente examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, concluindo-se pela ausência de nulidade, conforme acima transcrito. Dessa forma, não é possível examinar novamente o tema.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. MERA REITERAÇÃO. HC 530.284/SP. ACÓRDÃOS DISTINTOS. MESMO PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. 2. ACÓRDÃO IMPUGNADO. REVISÃO CRIMINAL. TEMAS NÃO ENFRENTADOS. 3. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 11KG DE MACONHA. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Embora o presente mandamus se insurja contra acórdão distinto, tem-se que possui o mesmo pedido e causa de pedir do Habeas Corpus n. 530.284/SP, da minha relatoria, julgado em 27/4/2020, ocasião em que não verifiquei ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus de ofício.

- É de se considerar que "é pacífico o entendimento firmado nesta Corte de que não se conhece de habeas corpus cuja questão já tenha sido objeto de análise em oportunidade diversa, tratando-se de mera reiteração de pedido" (AgRg no HC n. 531.227/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 18/09/2019).

2. Ademais, sendo o acórdão impugnado o proferido em revisão criminal, constata-se que nenhum dos temas trazidos pelo impetrante foram enfrentados no referido acórdão, que se limitou a afirmar inexistir "argumento ou fato novo capaz de alterar a decisão anteriormente proferida" (e-STJ fls. 30/31).

3. Quanto à pena-base, tem-se que a elevação em 1/4 se revela proporcional, haja vista a grande quantidade de droga apreendida - mais de 11kg de maconha -, elemento que claramente denota a gravidade concreta da conduta, a exigir uma resposta mais enfática do julgador na fixação da pena.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 796.091/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023.)

Oportunamente, saliente-se que tanto em sede do anterior habeas corpus impetrado pelo corréu Fábio Santos Resende como quando do julgamento da apelação, a Corte de origem afastou a tese de invasão de domicílio, mantendo hígidas as provas produzidas.

No tocante à pena fixada para os pacientes, a Corte de origem consignou (e-STJ fls. 100/109):

Passo a análise da dosimetria.

Para Luis Felipe Felipe Oliveira Machado.

Inicialmente, sopesadas as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, e

do artigo 42, da Lei de Tóxicos, e a culpabilidade, a culta sentenciante majorou a pena de partida na fração de 1/3 (um terço), apontando a quantidade e a natureza da droga apreendida e histórico de atos infracionais, não caracterizadores de maus antecedentes, fixando-a em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

No caso vertente, a diversidade das drogas apreendidas e a potencialidade autorizam o incremento punitivo, entretanto esta circunstância também foi utilizada para o fim de exclusão da aplicação do benefício previsto no § quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, o que deve ser afastada a análise negativa da circunstância especial do artigo 42, da Lei de Drogas, na primeira fase da dosimetria, sob pena de o cálculo incidir em bis in idem a fim de que a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas seja considerada apenas na terceira fase do cálculo, além disso a menção a atos infracionais cometidos anteriormente, quanto ações penais em curso, não podem ser utilizados para elevar a pena-base a título de conduta social, personalidade e maus antecedentes, nos exatos termos da Súmula 444, do STJ, razão pela qual, devolvo ao patamar mínimo legal.

[...].

Assim, a pena base do réu fica fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Em seguida, ausentes agravantes e embora reconhecidas as atenuantes da confissão e da menoridade relativa, tem-se que estas não devem produzir efeitos sobre as sanções, pois as circunstâncias dessas espécies não possuem o condão de permitir a fixação da reprimenda em patamar inferior ao mínimo legal, sem quaisquer reflexos, nos exatos termos da Súmula 231 do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Na terceira fase, em que pese a primariedade do réu, correta a não aplicação da causa de diminuição inscrita no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/2006, pela Juíza sentenciante, pois incompatível com o caso em análise.

Sobre o benefício do parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, sem representar direito subjetivo do acusado, configurando mera faculdade do Juiz, que na dosimetria da pena deve se ajustar, com rigor e precisão, às diretrizes dos artigos 42, da Lei de Drogas, e 59, caput, do Código Penal.

Até porque se o favor legal fosse pelo legislador entendido como direito do réu, teria se utilizado do verbo “dever”, ao invés de fazer constar naquele dispositivo, “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços.” Daí porque, valoradas as circunstâncias analisadas, não faz ele jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei Federal 11343/06.

Para que se opere a redução em estudo, exige-se, cumulativamente, (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; nem (4) integrar organização criminosa.

Nesta ação penal, tais requisitos não restaram cumpridos.

Na hipótese, não obstante a primariedade do acusado, tem se que, como bem fundamentou a douta Juíza sentenciante: “embora os acusados Karolaine e Luis Felipe (“VS”) sejam primários, a quantidade de entorpecente apreendido, os petrechos e cadernos de contabilidade do tráfico encontrados, além das circunstâncias da prisão, indicam o exercício constante de atividade ilícita, devendo, pois, ser afastado o benefício, sendo certo que, no que concerne ao acusado Luis Felipe (“VS”), apresenta, ele, histórico de envolvimento com o

tráfico, ostentando vasto antecedentes de atos infracionais, inclusive análogos ao crime de tráfico (fls. 618/619).” Acrescente-se que os policiais apontaram o apelante como disciplina de uma organização criminosa e na sua residência foram apreendidos um caderno de anotações ligadas ao tráfico, uma mini balança de precisão, dois rádios pequenos, tipo HT, uma máquina de cartão, dinheiro, e o apelante deixou de demonstrar qualquer atividade lícita, não se tratando de traficante eventual, mas a gente que efetivamente se dedicava à atividade criminosa, especialmente pelo volume, diversidade e natureza das drogas apreendidas, sendo insustentável que um traficante iniciante teria condições financeiras (lucro próprio do tráfico), para adquirir, fracionar, embalar e esconder sozinho, a quantidade de entorpecentes apreendidos nos autos, concluindo-se que, ou recebeu as drogas de pessoa hierarquicamente superior na organização criminosa, ou há muito tempo vem comercializando as drogas, a ponto de mudar-se de município e ter dinheiro o suficiente para adquirir a grande quantidade apreendida. Tornando prova apta a indicar que este seria o seu meio de sustento, caracterizando sua dedicação à atividade criminosa.

O tráfico e a dependência química são os maiores responsáveis pela prática de diversos outros crimes graves e violentos, como furto, roubo e homicídio.

E, outrossim, vale ressaltar, na linha da jurisprudência firmada pela Corte Superior de Justiça, que a prática de atos infracionais, apesar de não poder ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, pode servir para justificar a não aplicação do redutor previsto no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06, por revelar que o indivíduo se dedica à atividade criminosa.

[...].

Assim, a pena restou consolidada em 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal.

Para Karolaine dos Santos Consentino.

Inicialmente, sopesadas as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42, da Lei de Tóxicos, e a culpabilidade, a culta sentenciante majorou a pena de partida na fração de 1/6 (um sexto), apontando a quantidade e a natureza da droga apreendida, fixando-a em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, no piso legal.

No caso, a diversidade das drogas apreendidas e a potencialidade autorizam o incremento punitivo, entretanto esta circunstância também foi utilizada para o fim de exclusão da aplicação do benefício previsto no § quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, o que deve ser afastada a análise negativa da circunstância especial do artigo 42, da Lei de Drogas, na primeira fase da dosimetria, sob pena de o cálculo incidir em bis in idem a fim de que a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas seja considerada apenas na terceira fase do cálculo, razão pela qual, devolvo ao patamar mínimo legal.

[...].

Assim, a pena base do réu fica fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Em seguida, ausentes agravantes e embora reconhecidas as atenuantes da confissão e da menoridade relativa, tem-se que estas não devem produzir efeitos sobre as sanções, pois as circunstâncias dessas espécies não possuem o condão de permitir a fixação da reprimenda em patamar inferior ao mínimo legal, sem quaisquer reflexos, nos exatos termos da Súmula 231, do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Na terceira fase, em que pese a primariedade da ré, correta a não aplicação da causa de diminuição inscrita no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/2006, pela Juíza sentenciante, pois incompatível com o caso em análise.

Sobre o benefício do parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, sem representar direito subjetivo do acusado, configurando mera faculdade do Juiz, que na dosimetria da pena deve se ajustar, com rigor e precisão, às diretrizes dos artigos 42, da Lei de Drogas, e 59, caput, do Código Penal.

Até porque se o favor legal fosse pelo legislador entendido como direito do réu, teria se utilizado do verbo “dever”, ao invés de fazer constar naquele dispositivo, “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços.” Daí porque, valoradas as circunstâncias analisadas, não faz ele jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei Federal 11343/06.

Para que se opere a redução em estudo, exige-se, cumulativamente, (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; nem (4) integrar organização criminosa. Nesta ação penal, tais requisitos não restaram cumpridos.

No caso, não obstante a primariedade de Karolaine, tem se que, como bem fundamentou a douta Juíza sentenciante: “embora os acusados Karolaine e Luis Felipe (“VS”) sejam primários, a quantidade de entorpecente apreendido, os petrechos e cadernos de contabilidade do tráfico encontrados, além das circunstâncias da prisão, indicam o exercício constante de atividade ilícita, devendo, pois, ser afastado o benefício, sendo certo que, no que concerne ao acusado Luis Felipe (“VS”), apresenta, ele, histórico de envolvimento com o tráfico, ostentando vasto antecedentes de atos infracionais, inclusive análogos ao crime de tráfico (fls. 618/619).” A prova coligida revelou que Karolaine tentou negar o seu vínculo afetivo com o seu companheiro Luís Felipe, com quem residia, guardava os entorpecentes e atuava no ilícito, havendo ainda a apreensão em sua residência de caderno com anotações comumente utilizados no tráfico, uma mini balança de precisão, dois rádios pequenos, tipo HT, uma máquina de cartão, dinheiro e deixou de demonstrar qualquer atividade lícita, não se tratando de traficante eventual, mas agente que efetivamente se dedicava à atividade criminosa, com os corréus, especialmente pelo volume, diversidade e natureza das drogas apreendidas, sendo insustentável que uma traficante iniciante teria condições financeiras (lucro próprio do tráfico), para adquirir, fracionar, embalar e esconder sozinha, a quantidade de entorpecentes apreendidos nos autos, concluindo-se que, ou recebeu as drogas de pessoa hierarquicamente superior na organização criminosa, ou há muito tempo vem comercializando as drogas, a ponto de mudar-se de município com seu companheiro para dedicar-se à atividade criminosa.

[...].

De igual sorte, incabível a substituição penal para Karolaine e Luis Felipe, frente à reprimenda imposta.

[...].

Em relação ao regime prisional, há que ser mantida a fixação do regime prisional inicial fechado para início do cumprimento da pena, tendo em vista sobretudo o alto grau de periculosidade do réu e a gravidade do delito, de modo que, ante a gravidade em concreto da infração penal, já que fere bem jurídico difuso (saúde pública) e dilacera inúmeras famílias, e com escopo na própria individualização da pena, também direito fundamental, não há outro regime a ser imposto ao réu, senão o fechado, consoante artigo 33, § terceiro, do

Código Penal.

[...].

Além disso, a fixação do regime prisional inicial fechado no presente caso está de acordo com o previsto na Súmula 719, do STF, tendo em vista que tal decisão foi suficientemente motivada.

[...].

Não é apenas o montante da pena ou a gravidade abstrata da conduta que devem balizar a modalidade prisional, mas também a necessidade de justa e suficiente resposta jurisdicional, apta à reprovação e, principalmente, a obstar a reiteração criminosa.

O regime mais severo é o único dotado de suficiência para a repressão e a prevenção do crime de tráfico de drogas, considerando o disposto no artigo segundo, § primeiro, da Lei Federal 8072/90.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo segundo, do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo terceiro, do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.” (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

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 a dedicação de ambos os pacientes à atividade criminosa.

Ademais, embora tenha o acórdão mencionado a existência de registros de atos infracionais relacionados ao paciente Luís Felipe Oliveira Machado, verifica-se que o afastamento da causa de diminuição de pena decorreu da efetiva comprovação de sua dedicação à atividade criminosa, vez que apreendido caderno com anotações comumente utilizados no tráfico, uma mini balança de precisão, dois rádios pequenos, tipo HT, uma máquina de cartão, dinheiro [...] (e-STJ fl. 102), constando ainda que Luís Felipe atuava como "disciplina" de uma organização 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.)

Fixada a pena dos pacientes em 5 anos de reclusão, inviável a pretendida substituição por penas restritivas de direitos, nos termos do que preconiza o art. 44, I, do CP.

Por fim, quanto ao regime fixado para o cumprimento da pena, fechado, constata-se que muito embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, houve fundamentação concreta para o recrudescimento do regime prisional, consistente na periculosidade dos réus e com vista a evitar a reiteração delitiva.

Nesse sentido, confira-se, mutatis mutandis:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADOS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS N. 7/STJ E 279/STF. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

1. A análise da tese recursal, com o objetivo de absolver o agravante ou desclassificar sua conduta, demanda o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto nas Súmulas n. 7/STJ e 279/STF. Precedentes.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, a instância de origem indeferiu a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em dados concretos que evidenciavam a dedicação do agravante a atividades criminosas. A apreensão de expressiva quantidade de drogas, de naturezas diversas, e de petrechos normalmente utilizados para a prática do delito de tráfico, tais como balança de precisão e material de embalo, além de um caderno com anotações que indicam de mercancia da droga constituíram forte indicativo de que ele dedicar-se-ia a atividades criminosas.

3. A revisão desse entendimento demandaria imprescindível reexame dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, o que é defeso em recurso especial, em virtude do que preceitua a Súmula n. 7/STJ.

4. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a

quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

5. No caso, as instâncias ordinárias decidiram em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte Superior, uma vez que fixaram o regime fechado com base em fundamentação idônea - quantidade de droga apreendida e transporte interestadual do entorpecente -, apta a justificar o recrudesimento do regime prisional.

6. O quantum de pena aplicado impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44, I, do CP.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.314.904/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 21/8/2023.)

*Pelo exposto, não conheço do mandamus.
Publique-se.*

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.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0140025-4

AgRg no
HC 907.613 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15037336620228260344 400812022

EM MESA

JULGADO: 14/05/2024

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS PAMPANA BASOLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP263943
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAROLAINE DOS SANTOS CONSENTINO (PRESO)
PACIENTE : LUIZ FELIPE OLIVEIRA MACHADO (PRESO)
CORRÉU : FABIO SANTOS RESENDE
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 : KAROLAINE DOS SANTOS CONSENTINO (PRESO)
AGRAVANTE : LUIZ FELIPE OLIVEIRA MACHADO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS PAMPANA BASOLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP263943
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.