



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 936381 - SC (2024/0299530-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MOISES JUSTINO BATISTA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ANPP. TEMA NÃO SUSCITADO NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INCABÍVEL. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. ABSOLVIÇÃO. PROVAS DA AUTORIA DELITIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. *QUANTUM* PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* questionando a ausência de proposta de acordo de não persecução penal, a licitude da busca pessoal, a condenação e a dosimetria da pena.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se é cabível o *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, e se há ilegalidade na ausência de proposta de acordo de não persecução penal, na busca pessoal, na condenação e na dosimetria da pena.

III. Razões de decidir

3. O *habeas corpus* não é admitido como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. Não se caracteriza omissão da Corte antecedente a análise de matéria não suscitada na apelação (proposta de ANPP), a qual foi questionada apenas nos embargos de declaração, consistindo, portanto, em inovação recursal.

5. Para a realização de busca pessoal, exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de

arma proibida, objetos, papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

6. No caso, a fundada suspeita restou evidenciada, pois a busca pessoal foi antecedida por uma operação de vigilância no local. Assim, houve a colheita prévia dos mencionados elementos, que evidenciaram fundadas suspeitas da prática delitiva, inexistindo qualquer violação na abordagem realizada pela polícia, pois a medida foi exercida nos limites da atuação policial ostensiva e preventiva.

7. O que avulta do contexto fático delineado pela col. Corte *a quo* é a subsunção dos fatos ao crime de tráfico de entorpecentes, ante as circunstâncias da prisão em flagrante e da apreensão das drogas, a forma de acondicionamento das drogas e a apreensão de dinheiro em espécie. Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os limites desta ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

8. A fração da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 é proporcional e está fundamentada, de acordo com a jurisprudência desta Corte.

9. Alterar o quadro formado no Tribunal de origem demandaria dilação probatória, inviável em sede de *habeas corpus*.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 14 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 936381 - SC (2024/0299530-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MOISES JUSTINO BATISTA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ANPP. TEMA NÃO SUSCITADO NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INCABÍVEL. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. ABSOLVIÇÃO. PROVAS DA AUTORIA DELITIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. *QUANTUM* PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* questionando a ausência de proposta de acordo de não persecução penal, a licitude da busca pessoal, a condenação e a dosimetria da pena.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se é cabível o *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, e se há ilegalidade na ausência de proposta de acordo de não persecução penal, na busca pessoal, na condenação e na dosimetria da pena.

III. Razões de decidir

3. O *habeas corpus* não é admitido como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. Não se caracteriza omissão da Corte antecedente a análise de matéria não suscitada na apelação (proposta de ANPP), a qual foi questionada apenas nos embargos de declaração, consistindo, portanto, em inovação recursal.

5. Para a realização de busca pessoal, exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de

arma proibida, objetos, papeis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

6. No caso, a fundada suspeita restou evidenciada, pois a busca pessoal foi antecedida por uma operação de vigilância no local. Assim, houve a colheita prévia dos mencionados elementos, que evidenciaram fundadas suspeitas da prática delitiva, inexistindo qualquer violação na abordagem realizada pela polícia, pois a medida foi exercida nos limites da atuação policial ostensiva e preventiva.

7. O que avulta do contexto fático delineado pela col. Corte *a quo* é a subsunção dos fatos ao crime de tráfico de entorpecentes, ante as circunstâncias da prisão em flagrante e da apreensão das drogas, a forma de acondicionamento das drogas e a apreensão de dinheiro em espécie. Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os limites desta ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

8. A fração da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 é proporcional e está fundamentada, de acordo com a jurisprudência desta Corte.

9. Alterar o quadro formado no Tribunal de origem demandaria dilação probatória, inviável em sede de *habeas corpus*.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MOISES JUSTINO BATISTA DA SILVA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 486 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, c/c seu § 4º, da Lei 11.343/06

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação à Corte de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para reduzir a pena-base aplicada e modificar para 1/2 a fração da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reajustando a reprimenda final de Moisés Justino Batista da Silva para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime aberto e substituir a reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, nos termos do acórdão com a seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/06, ART. 33, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. ILICITUDE DA PROVA. BUSCA PESSOAL.

FUNDADAS SUSPEITAS. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. 2. PROVA DA AUTORIA. DECLARAÇÕES DE POLICIAIS. LOCAL E CIRCUNSTÂNCIAS DA AÇÃO. 3. DOSIMETRIA. 3.1. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO NARCÓTICO (LEI 11.343/06, ART. 42). BIS IN IDEM. 3.2. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (LEI 11.343/06, ART. 33, § 4º). FRAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA. 4. REGIME. QUANTUM DE PENA. ABERTO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 1. O fato de o acusado ser flagrado na posse de uma pochete contendo drogas, em local alvo de prévias denúncias a respeito do tráfico, em região monitorada por policiais em face dessa comunicação, constitui fundada suspeita, de forma a cancelar a busca pessoal. 2. Os depoimentos de agentes estatais, no sentido de que, durante monitoramento em local conhecido pela ocorrência de tráfico e, após visualizarem o acusado em atitude suspeita, procederam a abordagem e apreenderam, no interior da pochete que portava, maconha, cocaína e crack; aliados ao confisco de dinheiro em espécie; são provas suficientes da autoria e da materialidade do crime, a ponto de justificar sua condenação pela prática da infração penal pomenorizada no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. 3.1. As diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, se utilizadas como fundamento para modular a fração do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não podem ser consideradas para majoração da pena-base, sob pena de configurar bis in idem. 3. A diversidade e a quantidade de entorpecentes apreendidas (87g de maconha, 2,5 d e crack e 0,4g de cocaína) conclamam especial censura e recomendam a fixação da fração de 1/2 para a privilegiadora do delito de tráfico de drogas. 4. Diante da nova pena aplicada é devido alterar o regime de seu cumprimento para o inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", ao acusado primário, com pena inferior a 4 anos e circunstâncias judiciais previstas no art. 59, ambos do Código Penal, favoráveis. 5. É cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se o acusado é primário; a reprimenda aplicada não excede quatro anos; e o crime não foi cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DE OFÍCIO, MODIFICADO O REGIME PRISIONAL PARA O INICIALMENTE ABERTO E SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS."

Contra o julgado, a defesa opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados (fls. 399-401).

A defesa alega, em síntese, preenchimento dos requisitos legais do art. 28-A do CPP, meio de prova ilícito, fragilidade das provas de autoria delitiva e a ocorrência de erro na dosimetria da pena.

Requer a concessão da ordem para obter proposta de acordo de não persecução penal, a absolvição ou a redução da pena aplicada.

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de

não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*

(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

*"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade, situação que não se verifica de plano na hipótese dos autos, na medida em que o acórdão assim se

manifestou acerca das controvérsias:

" O pleito absolutório formulado pelo Recorrente Moisés Justino Batista da Silva, por inexistência de prova quanto à autoria delitiva, não convence.

A existência material do delito encontra-se positivada no conteúdo do boletim de ocorrência; do auto de exibição e apreensão (Evento 1, dos autos 5008020-20.2022.8.24.0020); e do laudo pericial das drogas apreendidas (Evento 33, dos autos 5008020-20.2022.8.24.0020), o qual certificou a apreensão das substâncias químicas tetrahidrocanabinol (maconha) e cocaína (formas ácida e básica, crack), capazes de causar dependência física e/ou psíquica, de uso proibido em todo o território nacional, de acordo com a Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária.

A autoria deflui das circunstâncias da apreensão do material tóxico e da prova oral coligida ao longo da instrução processual.

Ao noticiar, no contraditório, como ocorreu a abordagem, o Policial Militar Anderson Felipe Fiorese declarou: no dia dos fatos, estavam em patrulhamento no bairro Progresso, conhecido pelo tráfico de drogas, quando, por volta da 1h da manhã, visualizaram o apelante com bermuda, capuz cobrindo o rosto, carregando uma pochete, motivo pelo qual realizaram a abordagem dele, localizando os entorpecentes indicados na exordial acusatória (Evento 68, transcrição das contrarrazões de recurso, Evento 80).

No mesmo sentido foi o relato de seu colega de farda Gustavo Osório dos Santos: no dia dos fatos, estavam em rondas no bairro Progresso, na rua Pablo Neruda, local conhecido pelo intenso tráfico de drogas, quando visualizaram o apelante trajando um moletom com capuz e uma pochete, vestimenta comumente utilizada pelo traficantes. Diante disso, realizaram a abordagem e em revista pessoal localizaram três espécies de entorpecentes (crack, maconha e cocaína) e dinheiro em espécie, dentro da pochete. Asseverou que a droga já estava separada em porções e prontas para venda. Ressaltou que, neste ano de 2023 prendeu o apelante novamente na região do Progresso, realizando o comércio de drogas (Evento 68, transcrição das contrarrazões de recurso, Evento 80). Ressalta-se que acreditar nos dizeres dos agentes estatais é imposição lógica, por não se imaginar que, partindo de pessoas credenciadas pelo Estado para auxiliar a Justiça no combate ao crime e sem qualquer animosidade ou razão específica para imputar ao acusado situação que não fosse verídica, compareceriam em Juízo para desfilar inverdades contra inocentes. Não se olvide que é por intermédio dos Policiais que a sociedade vigia e busca quem delinque, motivo de gozarem de certa parcela de fé pública no exercício de suas funções e de dever serem tomadas como verdadeiras suas afirmações quando nada nos autos consistentemente as contraditem.

[...]

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça "tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese" (STJ, AgRg no AR Esp 1.840.116, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 15.6.21).

O Apelante Moisés Justino Batista da Silva, interrogado apenas na etapa pré-processual (em Juízo foi decretada sua ausência), confessou os fatos que lhe são imputados: estava praticando o

comércio de drogas no momento da abordagem policial há duas semanas naquele ponto. Revelou, ainda, que havia vendido aproximadamente R\$ 150,00 em drogas apenas na tarde dos fatos, de modo que os entorpecentes apreendidos com ele se destinavam à traficância e o dinheiro era oriundo da respectiva atividade ilícita (Evento 68, transcrição das contrarrazões de recurso, Evento 80).

Assim, a apreensão de 24 porções de maconha, 13 de crack e outra de cocaína; as declarações dos Policiais Militares, no sentido de que a droga foi encontrada na pochete que o Recorrente transportava, em local conhecido pela prática do tráfico de drogas, além do confisco da quantia de R\$ 218,00 em espécie; e o fato de que o próprio Moisés Justino Batista da Silva confessou a mercancia que empreendia; são provas suficientes da ocorrência e da autoria da infração penal de tráfico de drogas e impedem, por consequência, a decretação da sua absolvição.

É sabido que para a perfectibilização do tipo penal positivado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 basta que o agente incorra em um dos dezoito verbos previstos na norma incriminadora, ainda não sejam abordados usuários ou apreendidos outros petrechos característicos da traficância:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Logo, é devido confirmar a condenação de Moisés Justino Batista da Silva pelo cometimento do delito positivado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, sem margem a acolher a tese absolutória formulada.

3. Em relação à dosimetria, a pena-base deve ser reduzida, conforme almeja o Apelante, e a fração de incidência da minorante, referente ao tráfico privilegiado, deve ser modificada, mas não para a máxima. 3.1.

A pena-base de Moisés Justino Batista da Silva foi elevada, no patamar de 1/6, diante da natureza e da quantidade de droga apreendida, e fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

O preceito do art. 42 da Lei 11.343/06 orienta que "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".

Contudo, apesar da quantidade de droga apreendida, verifica-se que a pena-base não deve sofrer acréscimo porque o proceder configura bis in idem, tendo em vista que o mesmo critério foi utilizado na fundamentação para modular o redutor na concessão do tráfico privilegiado.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no julgamento do ARE 666.334, j. 3.4.14, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reafirmou "o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena".

Para dirimir maiores discussões e interpretações sobre o entendimento, também deliberou que os vetores "natureza e quantidade" são indivisíveis e devem ser sopesados

concomitantemente em apenas uma das etapas dosimétricas: Recurso ordinário em habeas corpus. Crime de tráfico de drogas. Dosimetria. Valoração negativa da quantidade e da natureza da droga. Vetor único. Incindível. Valoração da quantidade da droga na primeira fase e da natureza na terceira fase da dosimetria. Bis in idem. Ocorrência. Precedentes. Provimento do recurso ordinário (RHC 169.343, Min^a. Rel^a. Rosa Weber, j. 26.4.21).

Seguindo tais parâmetros, a pena-base de Moisés Justino Batista da Silva deve ser reduzida e fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na fase intermediária, ausentes agravantes e presente a atenuante da menoridade penal relativa, a reprimenda deve ser mantida no patamar fixado, em respeito ao enunciado sumular 231 do Superior Tribunal de Justiça.

3.2. Na etapa derradeira da dosimetria foi concedido o tráfico privilegiado no patamar mínimo.

À míngua de previsão, na Legislação, acerca dos parâmetros para a dosagem do benefício contido no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, que varia de 1/6 a 2/3, doutrina e jurisprudência recomendam que os fatores "natureza, quantidade e variedade" da droga sejam utilizados na terceira fase dosimétrica como critério modulador da causa de diminuição de pena.

[...]

Nessa compreensão, é permitido ao Magistrado considerar as circunstâncias descritas no art. 42 da Lei 11.343/06 como parâmetro para a escolha do patamar de redução de pena, atentando-se ao fato de quanto maior o grau de potencialidade do entorpecente apreendido e maior a porção encontrada, menor será a diminuição da reprimenda e vice-versa.

Sob a égide desse entendimento, o patamar de 1/2 previsto na norma é o mais adequado ao caso em apreço (em que apreendidos 86,84g de maconha, 2,51g de crack e 0,37g de cocaína).

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que "[o] juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto" (HC 115.149, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2.5.13).

Logo, a pena de Moisés Justino Batista da Silva deve ser minorada em 1/2 e totalizada em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa."

"Como o Embargante destacou, não houve manifestação desta Corte a respeito da possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal porque o tema não foi objeto de recurso. E não se pode falar de omissão em tal hipótese (cf. STJ, AgRg no R Esp 1.655.278, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 19.9.17; Edcl no R Esp 1.143.736, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 8.2.11; e TJSC, Edcl no AI 2011.095453-2, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 3.2.15)."

No tocante à proposta de ANPP, uma vez que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre referido tema, eis que sequer foi arguido adequadamente

na origem, esta Corte fica impedida de se manifestar diretamente sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

A propósito, não se caracteriza omissão da Corte antecedente a análise de matéria não suscitada na apelação, a qual foi questionada apenas nos embargos de declaração, consistindo, portanto, em inovação recursal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INOVAÇÃO RECURSAL. MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não há violação do art. 619 do CPP, pois o Tribunal de origem se pronunciou sobre todos os aspectos relevantes para a definição da causa.

2. Não merece ser conhecido o pleito de nulidade pela busca pessoal sem fundadas razões, por ausência de prequestionamento, na medida em que, embora opostos embargos declaratórios na origem, a questão sequer havia sido suscitada nas razões de apelação, consistindo, portanto, em inovação recursal.

3. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

4. No caso, a Corte de origem não aplicou o referido redutor, por entender demonstrada a dedicação do recorrente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo nas circunstâncias do cometimento do delito - apreensão em compartimento falso de veículo de quase 50 quilos de cocaína, cujo flagrante se deu em local onde outros automóveis eram previamente preparados para o mesmo fim - tudo a indicar que não se trataria de traficante eventual.

5. Para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.112.803/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024.)

Para a realização de busca pessoal, exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida, objetos, papeis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Nesse sentido, o art. 244 do Código de Processo Penal - CPP dispõe que "a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar".

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

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. VERIFICAÇÃO PELA CORTE LOCAL, NOS ESTREITOS LIMITES DA VIA ELEITA, DA FUNDADA SUSPEITA EXIGIDA PELO ART. 244 DO CPP. CONCLUSÃO DIVERSA QUE DEMANDARIA O REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, CUJA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA SEQUER TEVE INÍCIO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Como é de conhecimento, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrada - de plano e sem necessidade de dilação probatória - a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

2. Conforme disposto no art. 244 do Código de Processo Penal, exige-se para a busca pessoal a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

3. Somado a isso, 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 n. 229.514/PE, julgado em 28/8/2023).

4. Na hipótese, constata-se, ao menos na estreita via do habeas corpus, que as circunstâncias prévias à abordagem policial justificavam a fundada suspeita de que o paciente estaria na posse de elementos de corpo de delito, situação que se confirmou no decorrer da diligência policial, sendo encontrado no interior de uma pochete que estava com o paciente uma pistola calibre .380, municiada com 10 projéteis intactos, dois carregadores e duas porções de drogas ilícitas: uma de crack e outra de cocaína.

5. Qualquer incursão que escape à moldura fática apresentada na origem demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos limites do habeas corpus, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. Portanto, não há falar em trancamento prematuro do exercício da ação penal, podendo a questão ser melhor analisada durante a instrução processual, que, segundo consta dos autos, sequer teve início.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

No caso, a fundada suspeita restou evidenciada, pois a busca pessoal foi antecedida por uma operação de vigilância no local. Assim, houve a colheita prévia dos mencionados elementos, que evidenciaram fundadas suspeitas da prática delitiva, inexistindo qualquer violação na abordagem realizada pela polícia, pois a medida foi exercida nos limites da atuação policial ostensiva e preventiva.

Para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte.

Quanto à alegada absolvição, o que avulta do contexto fático delineado pela col. Corte *a quo* é a subsunção dos fatos ao crime de tráfico de entorpecentes, ante as circunstâncias da prisão em flagrante e da apreensão das drogas, a forma de acondicionamento das drogas e apreensão de dinheiro em espécie. Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os limites desta ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

A propósito, o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. ANUÊNCIA COM INTIMAÇÃO POR MEIO DA IMPRENSA OFICIAL. POSSIBILIDADE. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDADAS SUSPEITAS DEMONSTRADAS. ART. 244 DO CPP. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. PROVIDÊNCIA INVIÁVEL NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte reconhece que, em que pese a previsão de intimação pessoal do defensor dativo, contida no art. 370, § 4º, do CPP, o advogado que opta pela intimação por meio do Diário da Justiça eletrônico não pode alegar a sua nulidade, nos termos do art. 565 do CPP (HC n. 387.413/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/6/2017, DJe de 14/6/2017).

2. Na hipótese, verifica-se que houve a renúncia formal ao direito de intimação pessoal por parte do defensor dativo, que assinou termo de compromisso, manifestando concordância em ser intimado dos atos e termos do processo, até o trânsito em julgado, pela imprensa oficial. Assim, não há falar em nulidade pela ausência de intimação pessoal do defensor dativo.

3. Como é de conhecimento, a busca pessoal 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 papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

4. Somado a isso, 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 n. 229.514/PE, julgado em 28/8/2023).

5. A Corte local, soberana na análise dos fatos e provas, reconheceu a legalidade da revista pessoal, afirmando que a abordagem ocorreu durante patrulhamento ostensivo, após os policiais depararem-se com uma aglomeração de pessoas em uma "biqueira", oportunidade na qual o paciente, ao perceber a aproximação dos policiais, dispensou uma sacola no solo - contendo drogas e dinheiro - e tentou fugir. Nesse contexto, o acórdão impugnado, ao reconhecer legítima a busca pessoal precedida de fundadas suspeitas de ocorrência de ilícito (justa causa), não destoia da jurisprudência desta Corte Superior.

Assim, tem-se que, ao contrário do alegado, a busca pessoal decorreu da competente e diligente atuação ostensiva dos policiais militares, motivo pelo qual descabida a tese defensiva de nulidade da busca pessoal.

6. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, haver prova da materialidade e de autoria do crime de tráfico, a pretensão de absolvição por insuficiência probatória não pode ser apreciada na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, notadamente no bojo de condenação já transitada em julgado, assim como no caso dos autos.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 918.622/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/9/2024, DJe de 18/9/2024.)

No tocante à dosimetria, a fração da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 é proporcional e está fundamentada, de acordo com a jurisprudência desta Corte. Alterar o quadro formado no Tribunal de origem demanda inviável dilação probatória em sede de *habeas corpus*.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2024/0299530-0

HC 936.381 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50080202020228240020 50087018720228240020

EM MESA

JULGADO: 12/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MOISES JUSTINO BATISTA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.