



# *HABEAS CORPUS*

---

SÉRIE: RELATÓRIO E VOTO

JULGAMENTOS - 01/01/2023.31/03/2023

MIN. JOEL ILAN

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

---

MIN.  
JOEL  
ILAN

S  
T  
J

FEVEREIRO

---

ORGANIZADOR: CLAUDIONEI SANTA LUCIA



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 747166 - SP (2022/0170762-1)

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : HIGOR GIOVANNY VENDITTI (PRESO)  
**ADVOGADOS** : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AGRAVANTE** : GUSTAVO HENRIQUE CELESTINO DE LUCENA (PRESO)  
**ADVOGADOS** : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DOSEMETRIA. CÚMULO DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 68 DO CÓDIGO PENAL – CP NÃO CARACTERIZADA. REGIME FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É possível que a presença de mais de uma causa de aumento leve a majoração cumulativa da pena na terceira fase da dosimetria, desde que fundamentada.

2. A pena aplicada foi de 10 (dez) anos, 04 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão, não sendo possível a aplicação de outro regime se não o fechado, por força do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.

3. Agravo Regimental desprovido.

### 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 Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Convocado o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Brasília, 07 de fevereiro de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 747166 - SP (2022/0170762-1)

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : HIGOR GIOVANNY VENDITTI (PRESO)  
**ADVOGADOS** : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AGRAVANTE** : GUSTAVO HENRIQUE CELESTINO DE LUCENA (PRESO)  
**ADVOGADOS** : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DOSEMETRIA. CÚMULO DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 68 DO CÓDIGO PENAL – CP NÃO CARACTERIZADA. REGIME FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É possível que a presença de mais de uma causa de aumento leve a majoração cumulativa da pena na terceira fase da dosimetria, desde que fundamentada.

2. A pena aplicada foi de 10 (dez) anos, 04 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão, não sendo possível a aplicação de outro regime se não o fechado, por força do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.

3. Agravo Regimental desprovido.

### RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por Higor Giovanni Venditti e de Gustavo Henrique Celestino de Lucena contra a decisão em que não conheci do presente *habeas corpus*.

O agravante repisa seus argumentos, requerendo a readequação da pena e a fixação do regime inicial semiaberto.

É o relatório.

### VOTO

Não obstante os esforços da defesa, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

O voto condutor do acórdão impugnado, assentou:

"E, ao contrário do que busca a Defesa, as penas não comportam redução. Na primeira fase, as sanções partiram dos pisos legais, o que foi preservado na etapa seguinte, a despeito do reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e da confissão, respeitando-se o teor da Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça, observando-se, ainda, que a agravante da calamidade pública foi rechaçada pela julgadora.

**Na última fase da dosimetria, em virtude do concurso de agentes, as reprimendas foram exasperadas de um terço, e, em decorrência do emprego de arma de fogo, suportaram novo acréscimo, desta vez de dois terços.** Finalmente, os castigos foram exasperados na fração de um sexto, em razão da aplicação da regra do concurso formal, já que, em um mesmo contexto fático, dois patrimônios distintos foram lesados. Assim, as penas restaram concretizadas em dez anos, quatro meses e treze dias de reclusão, e quarenta e dois dias-multa (em relação à sanção pecuniária, aplicou-se a regra prevista no artigo 72, do Código Penal), montante que se preserva.

Ao contrário do que busca a Defesa, **os aumentos efetuados cumulativamente por conta das majorantes devem ser mantidos, pois bem retratam a acentuada gravidade da conduta cometida pelos recorrentes**, a qual vem causando grande transtorno à população de bem, não se vislumbrando qualquer ilegalidade passível de retificação. Aliás, de acordo com o artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, havendo o "concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua" (grifos nossos), tratando-se a referida previsão legal, portanto, de mera faculdade (e não obrigação) atribuída ao Magistrado.

**Finalmente, tendo em vista a extrema gravidade dos fatos, como já mencionado (roubo praticado em comparsaria, com o emprego de arma de fogo com numeração raspada e em detrimento de duas vítimas, as quais foram abordadas em via pública, no interior de veículo), tudo a revelar a ousadia e a periculosidade dos agentes, o regime prisional fechado era mesmo de rigor, não se olvidando, ainda, que, embora primários, os réus "possuem passagens infracionais por condutas graves e violentas, tráfico, roubos à residência, receptações, entre outros", como justificado pela MMª. Juíza (fls. 194), fatos que não podem ser ignorados."** (fls. 31/32)

O Tribunal de origem apreciou concretamente o desvalor das circunstâncias do crime em razão do concurso de agentes e em decorrência do emprego de arma de fogo, estando pois o acordão combatido de acordo com a jurisprudência desta Corte, que é no sentido de ser possível a presença de mais de uma causa de aumento que

leve a majoração cumulativa da pena na terceira fase da dosimetria, desde que fundamentada, como ocorreu na hipótese.

Vejamos os seguintes precedentes:

*AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS DO FATO DELITUOSO. SÚMULA N. 443 DO STJ. CONCURSO DE AGENTES. ARMA DE FOGO. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. A impetração de habeas corpus após o trânsito em julgado da condenação e com a finalidade de reconhecimento de eventual ilegalidade na colheita de provas é indevida e tem feições de revisão criminal.*

*2. Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de writ no STJ, cuja competência prevista no art. 105, I, e, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados.*

*3. O STJ não pode, sob pena de indevida supressão de instância, conhecer de matéria não apreciada pelo tribunal de origem e em relação à qual a parte não opôs os necessários embargos de declaração para suprir a referida omissão.*

*4. O aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do CP depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal.*

*5. Não se verifica ilegalidade na dosimetria penal relativamente à exasperação ocorrida na primeira fase, quando exposta fundamentação idônea extraída dos elementos concretos do fato delituoso para valorar negativamente os vetores personalidade, culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime.*

*6. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes (Súmula n. 443 do STJ).*

***7. Inexiste ilegalidade no recrudesimento da pena na terceira fase quando há fundamentação concreta,*** desenvolvida com base na análise do fato delituoso, com menção expressa à prática do crime em concurso de quatro agentes, com utilização de arma de fogo e emprego de grave ameaça contra vítima cuja liberdade é restringida por mais de uma hora e meia, situação que demonstra maior grau de reprovabilidade da conduta e justifica a aplicação cumulativa das majorantes indicadas.

8. *Agravo regimental desprovido.*  
(AgRg no HC n. 612.758/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 11/3/2022).

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. INOCORRÊNCIA. AUMENTO ÚNICO DE 2/3. ATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REITERAÇÃO DE PEDIDO. QUESTÃO EXAMINADA ANTERIORMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO HC 690.166/SP. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROÍDO.**

1. *A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.*

*Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório.*

**2. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.***

3. *No caso em análise, as instâncias ordinárias aplicaram, na terceira fase da dosimetria, apenas o aumento referente à causa de aumento de pena do § 2º-A, I, do art. 157 do CP, majorando a reprimenda em 2/3, não havendo que se falar em ofensa ao disposto no art. 68, parágrafo único, do CP.*

4. *Evidenciado que o pedido de abrandamento do regime prisional imposto ao paciente já foi anteriormente deduzido perante este Superior Tribunal de Justiça, tendo sido apreciado nos autos do HC 690.166/SP, resta configurada indevida reiteração de pedidos.*

5. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no HC n. 721.138/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 14/3/2022).

No que tange ao regime, registra-se que, a pena aplicada foi de 10 (dez) anos, 04 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão, não sendo possível a aplicação de outro regime se não o fechado, por força do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.. Nesse sentido:

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.**

POSSIBILIDADE. EVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA PACIENTE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. DESCABIMENTO. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. ANOTAÇÃO CRIMINAL ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. AUMENTO PROPORCIONAL. PRIMEIRA PACIENTE. **REGIME FECHADO. CABIMENTO. PENA SUPERIOR 8 ANOS. LITERALIDADE DO ART. 33, § 2º, "A", DO CÓDIGO PENAL.** SEGUNDA PACIENTE. REGIME FECHADO. DESCABIMENTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO (ART. 33, § 2º, "C", § 3º, DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16).

III - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.

IV - O eg. Tribunal de origem fundamentou o afastamento da minorante, tendo em vista a existência de registro de condenação anterior ostentado pelo réu (fl. 57). Desse modo, sendo a paciente portadora de maus antecedentes, não tem direito a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, pela falta do preenchimento de um dos seus pressupostos legais. Precedentes.

V - Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe de 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar

*uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.*

*Precedentes."*

*(HC n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016). Ainda, menciono: HC n. 413.693/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/10/2017.*

*VI - Decorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não prevaleça mais para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. VII - Diante da existência de precedentes em ambos os sentidos e tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não vejo como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes, notadamente porque, conforme anteriormente salientado, esta Corte Superior possui a compreensão, tanto na Quinta quanto na Sexta Turma, de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes.*

*VIII - Na hipótese, foram considerados elementos concretos - a quantidade e a qualidade da droga apreendida, ou seja, quase oitocentos gramas de cocaína - para agravar as reprimendas na primeira fase da dosimetria em patamar superior ao mínimo legalmente previsto, evidenciando que o v. acórdão impugnado está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte no sentido de que a pena-base pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa dos elementos concretos dos autos. IX - O art. 42 da Lei n. 11.343/2006, impõe-se ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga na fixação da pena-base, conforme jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. XI - "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.*

*Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>.*

*Min<sup>a</sup>. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de*

6/5/2015).

***XII - Mantida a pena da paciente ELEUZINA no patamar estabelecido pelo. v. acórdão impugnado, ou seja, em 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão, não há se falar em fixação de regime prisional menos gravoso, pois o meio prisional fechado decorre da própria literalidade no art. 33, caput, § 2º, alínea "a", Código Penal.***

*XIII - Embora a pena da paciente ERICA comporte regime aberto (2 anos e 9 meses de reclusão), a presença de circunstância judicial desfavorável (natureza e quantidade de droga) impede a fixação do mesmo, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o semiaberto, nos termos dos art. 33, §§2ª e § 3º, do Código Penal.*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para estabelecer o regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena à paciente ERICA CAVALCANTI MARTINS, mantidos os demais termos da condenação.*

*(HC n. 467.190/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 13/2/2019).*

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0170762-1

**AgRg no  
HC 747.166 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15200538820218260228 22266082021

EM MESA

**JULGADO: 07/02/2023**

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : HIGOR GIOVANNY VENDITTI (PRESO)  
PACIENTE : GUSTAVO HENRIQUE CELESTINO DE LUCENA (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

**AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : HIGOR GIOVANNY VENDITTI (PRESO)  
AGRAVANTE : GUSTAVO HENRIQUE CELESTINO DE LUCENA (PRESO)  
ADVOGADOS : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
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 Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Convocado o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 776072 - SP (2022/0318938-7)

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : JOAO VITOR DE SOUZA OLIVEIRA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - SP232689  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O julgamento proferido na origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a natureza e/ou a quantidade da substância entorpecente (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição de regime inicial mais gravoso que o *quantum* da pena autoriza, bem como para vedar à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do Código Penal – CP.

2. Agravo regimental desprovido.

### 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 Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Convocado o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Brasília, 07 de fevereiro de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 776072 - SP (2022/0318938-7)

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : JOAO VITOR DE SOUZA OLIVEIRA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - SP232689  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O julgamento proferido na origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a natureza e/ou a quantidade da substância entorpecente (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição de regime inicial mais gravoso que o *quantum* da pena autoriza, bem como para vedar à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do Código Penal – CP.

2. Agravo regimental desprovido.

### RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por JOÃO VITOR DE SOUZA OLIVEIRA contra a decisão que não conheceu do presente *habeas corpus*.

Em suas razões, o patrono reitera a tese de não haver fundamentação idônea para obstar o regime prisional menos gravoso, bem ainda a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

Requer a reconsideração do *decisum* ou o provimento do agravo regimental, para conceder a ordem pleiteada.

É o relatório.

### VOTO

Não obstante os esforços da defesa, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o agravante a 1 ano e 8 meses de reclusão, como incurso no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas na modalidade privilegiada).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso, apenas para fixar o regime inicial semiaberto, com estes fundamentos (fls. 152/153):

*"Foi estabelecido o regime fechado para cumprimento inicial da reprimenda, que merece ser atenuado para o semiaberto.*

*Malgrado a vistosa gravidade concreta do crime, revendo meu posicionamento anterior, considerando a não classificação do tráfico privilegiado como crime hediondo, considerando também o montante da pena fixada e as peculiaridades do caso concreto, atento à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de rigor que seja fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena estabelecida ao recorrente, com base no artigo 33, parágrafo segundo, alínea c, do Código Penal.*

*Apesar do quantum da reprimenda ser inferior a quatro anos de reclusão, o benefício previsto no artigo 44, do Código Penal, não se afigura socialmente recomendável ao caso, se mostrando inepto a alcançar os fins colimados com a aplicação da reprimenda e da lei penal, mormente quando se trata de substância nociva como o crack."*

O julgamento proferido na origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a natureza e/ou a quantidade da substância entorpecente (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição de regime inicial mais gravoso que o *quantum* da pena autoriza, bem como para vedar à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do Código Penal – CP. Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE. MENORIDADE. RECONHECIMENTO POR MEIO DE DOCUMENTOS HÁBEIS DOTADOS DE FÉ PÚBLICA. POSSIBILIDADE. NULIDADE INEXISTENTE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA.*

*[...]*

*II - Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, "admite que*

a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas" (AgRg no AREsp n. 911.058/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2016). Também deste Superior Tribunal, colhe-se que "apesar de a pena ter sido estabelecido em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o caso concreto demonstra que a circunstância desfavorável da quantidade e da qualidade da substância apreendida (534,00g de maconha) torna socialmente não recomendável a substância da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (AgRg no AREsp n. 1.025.285/MG, Quinta Turma, de minha lavra, DJe de 9/6/2017).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1104249/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/3/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. FUNDAMENTO VÁLIDO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO SUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. 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 integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a natureza e a quantidade de droga apreendida - 50 pedras de crack -, exclusivamente, na terceira etapa

*da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.*

*5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas.*

*6. Embora a quantidade e a natureza altamente lesiva das substâncias entorpecentes sejam argumentos idôneos para se estabelecer o regime mais grave, in casu, o inicial fechado, como imposto pelo Tribunal de origem, se mostra desarrazoado, considerando as demais circunstâncias favoráveis ao paciente.*

*7. Fixada a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e sendo primário o agente, o regime semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o quantum da pena aplicada) é suficiente para o início do cumprimento da pena reclusiva, sobretudo quando trata-se de condenado pelo delito de tráfico privilegiado, a teor do contido no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.*

*8. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.*

*9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.*

*(HC n. 369.584/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 15/2/2017).*

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0318938-7

**AgRg no  
HC 776.072 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15012430520198260594 22922542019

EM MESA

**JULGADO: 07/02/2023**

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - SP232689  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOAO VITOR DE SOUZA OLIVEIRA  
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 : JOAO VITOR DE SOUZA OLIVEIRA  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - SP232689  
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 Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Convocado o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 750611 - SP (2022/0188314-2)

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : RODRIGO MARIA MOREIRA (PRESO)  
**ADVOGADOS** : MARCIEL MANDRÁ LIMA - SP164227  
ROBISON PEREIRA DOS SANTOS E OUTRO - SP465872  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES DA SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES. ANÁLISE DAS CONDENAÇÕES ANTERIORES QUE NÃO ESTÁ LIMITADA AO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Acerca da interpretação que deve ser conferida à norma que excepciona a inviolabilidade do domicílio, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, assentou o entendimento de que *"a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados"*.

2. No caso dos autos, restaram demonstradas fundadas razões para a busca domiciliar, uma vez que o paciente foi surpreendido no momento em que entregava drogas para outro indivíduo, sendo que sobre este também havia informações de ser responsável por alguns pontos de tráfico.

3. No delito de tráfico de drogas, não há ilegalidade na exasperação da pena-base acima do mínimo legal com fulcro no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a quantidade da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que *"para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade"* (HC 430.172/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS,

QUINTA TURMA, DJe 7/3/2018).

5. Agravo regimental desprovido.

### **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 Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Convocado o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Brasília, 07 de fevereiro de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 750611 - SP (2022/0188314-2)

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : RODRIGO MARIA MOREIRA (PRESO)  
**ADVOGADOS** : MARCIEL MANDRÁ LIMA - SP164227  
ROBISON PEREIRA DOS SANTOS E OUTRO - SP465872  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES DA SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES. ANÁLISE DAS CONDENAÇÕES ANTERIORES QUE NÃO ESTÁ LIMITADA AO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Acerca da interpretação que deve ser conferida à norma que excepciona a inviolabilidade do domicílio, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, assentou o entendimento de que *"a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados"*.

2. No caso dos autos, restaram demonstradas fundadas razões para a busca domiciliar, uma vez que o paciente foi surpreendido no momento em que entregava drogas para outro indivíduo, sendo que sobre este também havia informações de ser responsável por alguns pontos de tráfico.

3. No delito de tráfico de drogas, não há ilegalidade na exasperação da pena-base acima do mínimo legal com fulcro no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a quantidade da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que *"para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade"* (HC 430.172/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS,

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por RODRIGO MARIA MOREIRA contra decisão monocrática de fls. 164/170 de minha lavra em que não conheci do *habeas corpus*, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao reclamo nos termos do acórdão de fls. 17/34.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 35/43).

No presente *writ*, alega a ilicitude das provas, uma vez que obtidas mediante violação de domicílio. Aponta que os policiais militares adentraram na residência do paciente com base em denúncia anônima, sem que houvesse indícios da prática delitiva que autorizasse o ingresso no imóvel.

Pondera que a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como a localização de petrechos relacionados ao tráfico de entorpecentes, não seriam motivação hábil a justificar a exasperação da pena base.

Aduz ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes em razão de condenação alcançada pelo período depurador de 5 anos.

Requer, liminarmente e no mérito, sejam desentranhadas as provas eivadas de nulidade. Subsidiariamente, pugna pela fixação da pena base no mínimo legal.

Informações prestadas (fls. 148/151).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 153/160).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 144/145) e, no mérito, a impetração não conhecida, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (fls. 164/170).

No presente agravo regimental, a Defesa repisa argumentos do *writ*, sustentando a ilicitude das provas, uma vez que obtidas mediante violação de domicílio.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do presente agravo regimental para reconhecer a violação do domicílio do paciente e, por

consequência, anular as provas obtidas dessa forma.

É o relatório.

## VOTO

Não obstante os esforços da Defesa, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme relatado, busca-se, no presente *writ*, o reconhecimento da nulidade da prova. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena-base do paciente.

O Tribunal de Justiça estadual afastou a preliminar de nulidade processual por maltrato à garantia da inviolabilidade de domicílio, sob os seguintes fundamentos:

*"Por fim, a preliminar de nulidade suscitada pela defesa de Rodrigo quanto a violação de domicílio também deve ser afastada.*

*Com efeito, o ingresso dos policiais na residência de Rodrigo sem mandado judicial não configura nulidade, por se tratar de crime de tráfico, de natureza permanente. Como se verificou na dinâmica dos fatos, **Rodrigo foi surpreendido no momento em que entregava drogas para José Osvaldo, sendo que sobre este também havia informações de ser responsável por alguns pontos de tráfico. Inicialmente foi realizada a abordagem em José Osvaldo e os policiais constataram que a sacola entregue por Rodrigo continha drogas.** Na sequência dessas diligências dirigiram-se até a residência de Rodrigo e nela ingressaram. Havia, portanto, prévia e fundada suspeita da situação flagrancial, a justificar o ingresso na moradia.*

*Assim, está caracterizada a exceção ao artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal." (fls. 20/21)*

O art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal assegura a inviolabilidade do domicílio. No entanto, de relevo salientar que, consoante disposição expressa do dispositivo constitucional, tal garantia não é absoluta, admitindo relativização em caso de flagrante delito.

Acerca da interpretação que deve ser conferida à norma que excepciona a inviolabilidade do domicílio, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, assentou o entendimento de que *"a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados"*.

No caso dos autos, extrai-se dos trechos acima que o paciente foi surpreendido

no momento em que entregava drogas para José Osvaldo, sendo que sobre este também havia informações de ser responsável por alguns pontos de tráfico. Realizada a abordagem em José Osvaldo, os policiais constataram que a sacola entregue por Rodrigo continha drogas. Na sequência dessas diligências dirigiram-se até a residência de Rodrigo e nela ingressaram. De fato, esses motivos configuram a exigência capitulada no art. 240, § 1º, do CPP, a saber, a demonstração de fundadas razões para a busca domiciliar, não subsistindo os argumentos de ilegalidade da prova ou de desrespeito ao direito à inviolabilidade de domicílio, uma vez que havia prévia e fundada suspeita da situação flagrancial, a justificar o ingresso na moradia.

Esse entendimento está em consonância com a jurisprudência do STJ no sentido de que *“o ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, 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, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio”* (HC n. 598.051/SP, Sexta Turma, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 15/3/2021).

Presentes, portanto, fundadas razões para o ingresso regular em domicílio alheio, não há falar em ilicitude da prova ou em ofensa à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PROVAS ILÍCITAS DECORRENTES DE INVASÃO DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A ENTRADA DOS POLICIAIS NO IMÓVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. Como é de conhecimento, o Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, Repercussão Geral - Dje 9/5/1016 Public. 10/5/2016).

2. O Superior Tribunal de Justiça, em acréscimo, possui firme jurisprudência no sentido de que 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. No caso, consoante o quadro fático narrado pela Corte local, constatou-se que os policiais, após realizarem campanha para atestar a veracidade da denúncia anônima que apontou a venda de drogas pela paciente a um terceiro, puderam observar um indivíduo numa motocicleta em aproximação à residência da acusada, o qual, ao perceber a presença da guarnição policial, empreendeu fuga. A paciente foi abordada, fora da residência, sendo encontrada em sua posse uma porção de maconha e, após a entrada no imóvel, os agentes estatais encontram mais entorpecentes, devidamente compartimentados, prontos para a comercialização, além de uma balança de precisão e outros objetos. Assim, a ação policial foi devidamente amparada em diligências prévias que deram lastro à suspeita de que mais entorpecentes eram guardados na casa, não havendo falar em ilicitude das provas.*

*4. Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(AgRg no HC n. 752.484/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 16/8/2022).*

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. CONSTATAÇÃO DO APONTADO VÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INTERPOSIÇÃO CONCOMITANTE DE RECURSO PELOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAL E FEDERAL. POSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO FORÇADO DE POLICIAIS. INTELIGÊNCIA POLICIAL. ATITUDE SUSPEITA. FUNDADAS RAZÕES. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITO MODIFICATIVO.**

*1. A constatação de omissão no julgado impõe o acolhimento dos embargos declaratórios para correção desse vício.*

*2. A interposição concomitante de recurso pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público estadual não inviabiliza a análise do protocolizado por último, pois, de acordo com entendimento jurisprudencial do STJ, o órgão federal tem legitimidade para interpor agravo regimental ainda que o estadual tenha exercido essa faculdade com precedência, sem que se configure preclusão consumativa ou violação do princípio da unirrecorribilidade.*

*3. O ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial para busca e apreensão é legítimo se amparado*

*em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, especialmente nos crimes de natureza permanente, como são o tráfico de entorpecentes e a posse ilegal de arma de fogo.*

*4. Afere-se a justa causa para o ingresso forçado em domicílio mediante a análise objetiva e satisfatória do contexto fático anterior à invasão, considerando-se a existência ou não de indícios mínimos de situação de flagrante no interior da residência.*

*5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para não se conhecer do habeas corpus e se restabelecer o acórdão de apelação.*

*(EDcl no AgRg no HC n. 642.130/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 8/8/2022).*

Com relação à pena aplicada ao paciente, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO assim se posicionou:

*"No que concerne à dosimetria da pena, nada a reparar.*

*Na primeira fase, de acordo com os critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal e das diretrizes do artigo 42 da Lei 11343/2006, as penas basilares de ambos os apelantes foram fixadas em 1/6 acima do mínimo legal, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ostentadas pelos apelantes, caracterizadas por seus maus antecedentes (fls. 157, autos 0007609-46.1999.8.26.0462 - roubo majorado, resistência e associação criminosa - José Osvaldo - e fl. 146, autos 7000943-15.2012.8.26.0506, tráfico de drogas - Rodrigo), resultando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos dias-multa), no piso.*

*Na segunda etapa da dosimetria da pena, em relação a José Osvaldo incidentes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência (latrocínio tentado, fl. 371, autos 0039068-66.1984.8.26.0050). Considerando a preponderância da reincidência e operando-se a compensação proporcional entre essas duas circunstâncias, houve a exasperação em 1/5 da pena. Em relação a Rodrigo, em virtude de sua reincidência específica (autos 0003548-42.20010.8.26.0597, fl. 153), as penas também foram acrescidas de 1/5, perfazendo 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no piso.*

*À minguia de causas modificadoras, concretizaram-se nesse mesmo patamar.*

*E não era mesmo o caso de se aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois, como se sabe, a mens legis ao instituir o referido redutor foi beneficiar o criminoso ocasional, que agiu de modo excepcional, não sendo este o caso dos apelantes, pois as circunstâncias da prisão indicam que eles não agiram de modo isolado, casual, demonstrando, ao contrário, o envolvimento habitual com a atividade*

*criminosa. Anote-se, ainda, haver óbice legal - comprovada reincidência, conforme acima exposto." (fls. 32/33)*

Sobre o tema, o ordenamento jurídico não estabelece um critério objetivo ou matemático para a dosimetria da pena, sendo admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que baseado em circunstâncias concretas do fato criminoso, de modo que a motivação do édito condenatório ofereça garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Com efeito, a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Sendo assim, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

No caso dos autos, o entendimento adotado pelo Tribunal *a quo* não destoa da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, segundo a qual, no delito de tráfico de drogas, não há ilegalidade na exasperação da pena-base acima do mínimo legal com fulcro no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a quantidade da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, *"A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de Maus Antecedentes"* (AgRg no REsp n. 1.840.016/CE, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 9/3/2020).

Desse modo, inexistente constrangimento ilegal que autorize o provimento do recurso e a concessão do *habeas corpus*.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0188314-2

**AgRg no  
HC 750.611 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15010911820208260530 21177222020

EM MESA

**JULGADO: 07/02/2023**

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : ROBISON PEREIRA DOS SANTOS E OUTRO  
ADVOGADOS : MARCIEL MANDRÁ LIMA - SP164227  
ROBISON PEREIRA DOS SANTOS - SP465872  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : RODRIGO MARIA MOREIRA (PRESO)  
CORRÉU : JOSE OSVALDO LOPES SOARES  
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 : RODRIGO MARIA MOREIRA (PRESO)  
ADVOGADOS : MARCIEL MANDRÁ LIMA - SP164227  
ROBISON PEREIRA DOS SANTOS E OUTRO - SP465872  
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 Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Convocado o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 746087 - SP (2022/0165524-5)

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : WELLINGTON SANTOS (PRESO)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA INADEQUADA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. IRRELEVÂNCIA. CONFISSÃO. ATENUANTE. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL – CP. CIRCUNSTÂNCIA NÃO UTILIZADA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O comparecimento dos policiais ao lugar do flagrante foi precedido de alerta de cão farejador, acerca da presença de substâncias entorpecentes no local, onde foi franqueada a entrada pela moradora, mãe do acusado, tendo sido encontrado aproximadamente 5kg de maconha e quase 1kg de cocaína, além de maquinário para fracionamento, pesagem e difusão ilícita da substância entorpecente e um rádio HT, o que denota justa causa para a atuação dos policiais, cujos atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando seus depoimentos se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos.

Para se desconstituir a conclusão da Corte de origem, nos moldes pleiteados pela defesa, seria necessário o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, inviável em *habeas corpus*.

2. Além da quantidade da droga apreendida destaca-se a circunstância do agente praticar o crime durante o período de cumprimento de pena imposta em outro processo, o que também justifica a elevação da pena-base, em razão do menosprezo às decisões judiciais.

3. Condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo de 5 anos previstos no art. 64, inciso I, do CP, constituem fundamento idôneo para valorar negativamente as circunstâncias judiciais. Embora esse período afaste os efeitos da reincidência, não o faz quanto aos maus antecedentes.

4. A versão apresentada pelo réu sobre os fatos que lhe foram imputados não foi utilizada para a formação do convencimento do Magistrado, que se valeu dos demais elementos probatórios colhidos nos autos. Dessa forma, não há falar em aplicação da atenuante da

confissão. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

### **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 Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Convocado o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Brasília, 07 de fevereiro de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 746087 - SP (2022/0165524-5)

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : WELLINGTON SANTOS (PRESO)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA INADEQUADA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. IRRELEVÂNCIA. CONFISSÃO. ATENUANTE. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL – CP. CIRCUNSTÂNCIA NÃO UTILIZADA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O comparecimento dos policiais ao lugar do flagrante foi precedido de alerta de cão farejador, acerca da presença de substâncias entorpecentes no local, onde foi franqueada a entrada pela moradora, mãe do acusado, tendo sido encontrado aproximadamente 5kg de maconha e quase 1kg de cocaína, além de maquinário para fracionamento, pesagem e difusão ilícita da substância entorpecente e um rádio HT, o que denota justa causa para a atuação dos policiais, cujos atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando seus depoimentos se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos.

Para se desconstituir a conclusão da Corte de origem, nos moldes pleiteados pela defesa, seria necessário o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, inviável em *habeas corpus*.

2. Além da quantidade da droga apreendida destaca-se a circunstância do agente praticar o crime durante o período de cumprimento de pena imposta em outro processo, o que também justifica a elevação da pena-base, em razão do menosprezo às decisões judiciais.

3. Condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo de 5 anos previstos no art. 64, inciso I, do CP, constituem fundamento idôneo para valorar negativamente as circunstâncias judiciais. Embora esse período afaste os efeitos da reincidência, não o faz quanto aos maus antecedentes.

4. A versão apresentada pelo réu sobre os fatos que lhe foram imputados não foi utilizada para a formação do convencimento do Magistrado, que se valeu dos demais elementos probatórios colhidos nos autos. Dessa forma, não há falar em aplicação da atenuante da

confissão. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

## RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por WELLINGTON SANTOS contra a decisão que não conheceu do presente *habeas corpus*.

Em suas razões, o patrono reitera a tese de que *“as Instâncias ordinárias impuseram evidente limitação ilegal à liberdade de locomoção do Paciente, ao manterem a condenação, mesmo diante da nulidade do processo desde o início, bem como ao aplicarem as penas em patamares completamente distantes da proporcionalidade, sem qualquer justificativa idônea”* (fl. 215).

Requer, pois, a reconsideração do *decisum* ou o provimento do agravo regimental, para conceder a ordem pleiteada.

É o relatório.

## VOTO

Não obstante os esforços da defesa, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o agravante, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação, por ambas as partes, o Tribunal *a quo* deu provimento apenas ao recurso da defesa, reduzindo a reprimenda para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, inicialmente no regime fechado, nos termos do julgamento acostado às fls. 150/166.

A primeira controvérsia diz respeito à legalidade da prisão e apreensão de variadas substâncias entorpecentes, além de radiocomunicador e balança de precisão.

A leitura atenta dos autos revela que o comparecimento dos policiais ao lugar do flagrante foi precedido de alerta de cão farejador, acerca da presença de substâncias entorpecentes no local, onde foi franqueada a entrada pela moradora, mãe do acusado, tendo sido encontrado *“1227 (mil, duzentos e vinte e sete) porções de maconha, com peso líquido de 3075 gramas, 225 (duzentos e vinte e cinco) porções de cocaína, na forma de crack, com peso líquido de 25,45 gramas, 463 (quatrocentos e sessenta e três) eppendorfs contendo cocaína, com peso líquido de 765,77 gramas, 04 (quatro) porções de cocaína, com peso líquido de 90,61 gramas, bem como 02 (dois) tijolos de maconha, com peso líquido de 1888,4 gramas”* (fl. 67), além de maquinário para fracionamento, pesagem e difusão ilícita da substância entorpecente e um rádio HT.

A propósito confirmam-se fragmentos extraídos do voto condutor no acórdão recorrido (fls. 153/154):

*“No presente caso, não se evidencia a ilicitude das provas obtidas, por afronta ao direito a inviolabilidade do domicílio.*

*A entrada dos policiais na residência, conforme constou, foi autorizada, tanto pela genitora, como pelo próprio réu. Ainda, cumpre ressaltar que, no momento dos fatos, os policiais estavam em diligência, sendo indicado pelos cães, a presença de drogas no local, o que levou a averiguação pelos policiais.*

*Assim a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos da diligência não recomendariam interrupção de continuidade para providência absolutamente prescindível, especialmente, pelo fato de que a diligência policial mostrou dar conta de situação de fato verdadeira, em razão das apreensões feitas.*

*Cumprе destacar que o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado na modalidade “guardar” é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática do referido verbo nuclear, o que torna legítimo o ingresso na residência sem autorização judicial.*

*[...]*

*Desse modo, não se extrai ilegalidade na busca domiciliar realizada pelos policiais militares.”*

O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, a indicar estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito. O acórdão está assim ementado:

*Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral.*

*2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.*

*3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia.*

*4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o*

*ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.*

*5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.*

*6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.*

*7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.*

*(RE 603616, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-093 Divulg 9/5/2016 Public 10/5/2016).*

*Assim, "nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua 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" (AgRg no HC 653.943/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/6/2021).*

A par disso, tem-se que em decorrência do alerta de cão farejador no sentido de que haviam indícios de drogas naquele local, o que foi confirmado pelo encontro de grande quantidade de substância entorpecente e balança de precisão, além da circunstância da entrada dos militares ter sido franqueada pela mãe do acusado, houve sim justa causa para a atuação dos policiais, cujos atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando seus depoimentos se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos.

Nesse contexto, para se acolher a tese da defesa e concluir pela nulidade apontada, desconstituindo os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de todo o conjunto probatório, providência vedada em *habeas corpus*, procedimento de cognição sumária e rito célere.

Ilustrativamente:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CASO CONCRETO. ASPECTOS CONCRETOS E MODUS OPERANDI. NECESSÁRIO AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

*II - No caso concreto, afastou-se a nulidade da prisão em flagrante, tendo em vista aspectos concretos que permearam os fatos e ensejaram a devida atuação policial para coibir a prática criminosa em curso.*

*III - Nesse sentido, autorizada a prisão em flagrante pela legislação e jurisprudência pátria, não há falar em situação ilegal. Aqui, a fundada suspeita dos policiais residiu no fato de que havia prévia denúncia anônima sobre a traficância, que restou confirmada pelos policiais, após campana no local, com a apreensão dos entorpecentes.*

*IV - No mais, importante esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal.*

*V - Na dosimetria, tem-se que a minorante do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 somente pode ser contemplada a quem não se dedique a atividades criminosas, o que não é o caso do paciente.*

*VI - A jurisprudência desta eg. Corte Superior consolidou-se no sentido de que as ações penais em curso são fundamentos idôneos para afastar a minorante do tráfico privilegiado, porque evidenciam a dedicação à atividade criminosa, apesar de não servirem para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes em*

*geral (Súmula n. 444 do STJ).*

*Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 684.434/RS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, DJe 5/10/2021).*

Quanto às demais irresignações, no que diz respeito à dosimetria da pena, trago à colação fragmentos extraídos do decreto condenatório:

*"AUTORIA*

*A autoria também é certa, diante dos depoimentos claros e consistentes dos policiais.*

*[...]*

*O réu, contudo, negou a autoria em seu interrogatório. Disse que estava voltando para casa, quando foi abordado por policiais. Os policiais constaram que ele tinha antecedente pelo crime de tráfico, e exigiram que informasse o local da boca. O réu recusou, e os policiais se dirigiram a sua residência. Lá, nada encontraram. Afirmou que "algumas vizinhas" viram a abordagem, mas não conseguiu arrolá-las como testemunhas.*

*Contudo, apesar das alegações do réu, nada indica que os policiais tinham o propósito subalterno de incriminar gratuitamente uma pessoa inocente, e forjar um flagrante de tráfico. Aliás, a própria forma como os fatos ocorreram leva a crer que o réu se propôs a praticar o delito de tráfico.*

*Individualização da Pena*

*De rigor, assim, a condenação no crime de tráfico de drogas o artigo 33, caput, da Lei 11.343/06). Passo a dosar as penas que ao réu serão impostas, conforme o sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal.*

*Ao crime do art. 33, caput, da Lei 11/343/06, são cominadas, em abstrato, as penas de reclusão, de cinco a 15 anos, e multa.*

*Para a dosimetria, parte-se, portanto, da pena mínima de 5 ano de reclusão e 500 dias multa (art. 49 do Código Penal).*

*Na primeira fase da dosimetria, reconheço maus antecedentes, colhidos dos autos n. 0022550-58.2008.8.26.0050 (fl. 31). Também as circunstâncias do delito também devem ser valoradas negativamente, pois foi cometido enquanto o réu cumpria pena no regime aberto. Nesse sentido "o fato do agente praticar crime durante o período de cumprimento de pena imposta em outro processo, no regime aberto, justifica a elevação da pena-base, em razão da reprovabilidade da conduta e do menosprezo às decisões judiciais. Precedentes." (STJ. AgRg no AREsp 1800421/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 24/09/2021) Verifico que a natureza das drogas (crack e cocaína) apreendidas justifica uma exasperação da pena base por, estarem elas entre as mais nocivas à saúde humana. Também a quantidade de droga excede à normalidade das apreensões nesta comarca, tendo sido*

apreendida cerca de 5kg de maconha, e quase 1kg de cocaína. Assim, Para cada circunstância judicial valorada negativamente, elevo a pena mínima em 1/6. Havendo quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base em 8 ano(s), 4 mês(es) e 0 dia(s) de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, em vista da certidão de fls. 31-33, incide a agravante genérica da reincidência, prevista no art. 61, inc. I, do Código Penal, em função da condenação anterior, transitada em julgada, por crime de tráfico de drogas (processo n.º 0091941-27.2013.8.26.0050).

Contudo, afasto a agravante do artigo 61, inciso II, alínea "j", do Código Penal, cuja aplicação pleiteia o Ministério Público, por ter sido o delito praticado durante vigência do estado de calamidade decorrente da pandemia de COVID-19.

[...]

Assim, por falta de elementos concretos que indiquem que a pandemia favoreceu cometimento do delito em julgamento, impossível o reconhecimento da agravante.

Portanto, diante da reincidência, agravo a pena e fixo a pena-provisória em 9 ano(s), 8 mês(es) e 20 dia(s) de reclusão.

Na terceira fase da dosimetria, inviável se reconhecer o privilégio do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, por se tratar de réu reincidente.

Torno definitiva a pena anteriormente dosada, por não concorrerem causas de diminuição ou de aumento de pena."

#### ACÓRDÃO (fls. 160/166):

"Na primeira fase, atenta aos ditames do artigo 59, do Código Penal e ao disposto no artigo 42, da Lei Especial notadamente os maus antecedentes (fls.

31), a natureza das drogas encontradas em poder do acusado, de grande poder degenerador da personalidade, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública de elevada nocividade à saúde pública e a quantidade -, a pena-base foi fixada, com benevolência, 1/6 acima do mínimo legal, em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, ausente recurso ministerial.

Constatado o equívoco no cálculo da dosimetria e aplicando-se o percentual estabelecido pelo MM. Juízo a quo 1/6, obtém-se a pena a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias- multa.

Nesse ponto, convém sublinhar que: "A alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefasta mercancia acarreta à saúde pública" (TJRS AC 687055624 Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda RJTJRS 130/154), in HC nº 2023748-42.2014.8.26.0000 1ª Vara Criminal da

Comarca de Mogi das Cruzes -, Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. TOLOZA NETO, em 13.05.2014).

Já foi destacado, em v. acórdão, “segundo especialistas, o crack é 'cinco vezes mais potente que a própria cocaína e produz dependência com muita

facilidade e quase imediatamente após seu primeiro ou segundo uso... Os efeitos produzidos ao usuário são basicamente iguais ao da cocaína, porém muito mais intensos...” (João Gaspar Rodrigues, Tóxicos, Bookseller, 2001, p. 63)” (RT 838/571).

Aquele que se dedica à espúria difusão do vício em droga de tamanha nocividade, em tese, demonstra personalidade malformada, sem a mínima sensibilidade social.

[...]

Destaca-se que condenação anterior transitada em julgado, alcançada pelo prazo de 5 anos, deve ser reconhecida como Maus antecedentes, sendo, portanto, fundamento idôneo para se fixar a pena-base acima do mínimo legal.

[...]

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento da pena-base, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantido o aumento na fração procedida.

Na segunda fase, incidente a circunstância agravante da reincidência específica (fls. 31/33), a reprimenda foi acrescida de 1/6, perfazendo 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Neste ponto, ausente demonstração de que a prática do tráfico foi facilitada porque ocorrida durante a pandemia do novo coronavírus, não se há falar em reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “j”, do Código Penal.

[...]

De modo que, não há como ser acolhido o pleito Ministerial, que se mantém afastado, como considerado pela r. sentença.

No tocante a atenuante da confissão espontânea, além de absolutamente prescindível para o desate condenatório, em razão da solidez da prova incriminadora produzida sob o crivo do contraditório, bem revela hábil manejo de autodefesa para tentada incidência da atenuante genérica do art. 65, III, “d”, do Código Penal.

Assim, por não completa o réu, silente na fase policial, em juízo, negou a prática delitiva - e espontânea, desacompanhada de arrependimento, não permite a diminuição da pena pela atenuante do art. 65, III, “d”, do Código Penal.

[...]

Dessa forma, fica mantida a reprimenda como lançada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, torna-se a pena definitiva tal como

*fixada na fase anterior.*

*Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou vedada por ausência de preenchimento dos requisitos legais.*

*Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, assemelhado ao hediondo, na forma da Lei nº 11.464/2007, independentemente da quantidade de pena fixada.”*

Na hipótese dos autos, não se mostra excessivo, desarrazoado ou desproporcional o aumento da reprimenda, na primeira fase da dosimetria do crime de tráfico, considerando-se que o réu ostenta maus antecedentes e foi preso na posse de quantidade considerável de variadas substâncias entorpecentes com alto poder destrutivo e cuja dependência cresce em alta escala.

Ressalto que a *"exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada a elementos concretos"* (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016), como na hipótese dos autos. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. NÃO ADOÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICOS PUROS PELO JULGADOR. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA.**

*I - Conforme consignado no decisum reprochado, a jurisprudência desta eg. Corte Superior de Justiça entende que, "[n]a fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas." (AgRg no AREsp n. 585.375/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27/03/2017).*

*II - Não se há falar em desproporcionalidade no quantum de exasperação da pena-base, pois, conforme jurisprudência pacífica desta eg. Corte Superior, "A aplicação da pena, na primeira fase, não se submete a critério matemático, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada do juiz. Precedentes." (AgRg no REsp n. 1.785.739/PA, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/06/2019).*

*Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no AREsp 1822341/SE, Rel. Ministro FELIX*

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. O julgamento monocrático não ofende o princípio da colegialidade, considerando ainda que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, permite assim que a matéria seja apreciada pela Turma.

2. O Tribunal de origem justificou concretamente a fixação da fração utilizada na pena-base para majorá-la, destacando a quantidade, variedade e natureza das substâncias apreendidas, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e com o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça - STJ, não havendo que se rever o quantum fixado. Registro que os três agentes foram presos em flagrante com 60 porções de cocaína - 35,4 g; 71 porções de crack e 12,6 g; e 76 porções de maconha - 255,3 g.

3. A confissão parcial não utilizada para fins de formação da convicção do julgador. A certeza do tráfico foi aferível pela quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, aliada aos inexoráveis dizeres dos agentes públicos, os quais visualizaram a prática delito, elementos que se mostram suficientes à procedência da condenação. Inviável, pois, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 626.728/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 14/5/2021).

Ademais, foram arrolados elementos concretos para elevação da reprimenda, não havendo falar em ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois a circunstância do agente praticar crime durante o período de cumprimento de pena imposta em outro processo, justifica a elevação da pena-base, em razão do menosprezo às decisões judiciais.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. REDUÇÃO PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. DELITO COMETIDO DURANTE SAÍDA TEMPORÁRIA. CULPABILIDADE EXARCEBADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.**

1. A revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de

*poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória.*

*2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.*

*3. Com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior à 1/6 se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e/ou natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).*

*4. O fato de o delito ter sido praticado durante o gozo de saída temporária justifica a exasperação da pena-base.*

*5. Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no HC n. 686.320/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 16/11/2021).*

*PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CRIME PRATICADO ENQUANTO O RÉU CUMPRIA PENA NO REGIME ABERTO POR OUTRO DELITO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

*(...)*

*4. Na espécie, a instância de origem estabeleceu a reprimenda básica acima do mínimo legal, considerando desfavorável a circunstância judicial relativa à culpabilidade, tendo em vista que o paciente praticou o crime de tráfico de drogas durante o período de cumprimento de pena em regime aberto imposta em outro processo. Tal fundamentação se mostra adequada para a exasperação da pena-base, pois anuncia o maior grau de reprovabilidade da conduta do acusado, bem como o menosprezo especial ao bem jurídico violado. Precedentes.*

*(...)*

*(HC 639.208/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 4/3/2021).*

*PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE MAJORADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CULPABILIDADE. RÉU COMETEU O DELITO ENQUANTO CUMPRIA PENA EM REGIME ABERTO PELA PRÁTICA DE OUTRO CRIME. NATUREZA E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO ARGUIDO TÃO SOMENTE NAS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

1. Quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. As instâncias ordinárias sopesaram negativamente a culpabilidade pelo fato de ter o recorrente cometido o crime enquanto cumpria pena em regime aberto pela prática de outro delito. Trata-se, indubitavelmente, de circunstância que indica maior reprovabilidade da conduta, porquanto atesta a total imunidade de réu ao caráter preventivo individual negativo da pena, bem como a indiferença com as decisões judiciais.

(...)

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1490583/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/9/2019).

Noutro enfoque, a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que, *"para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade"* (AgRg no HC 560.442/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2021).

Por fim, verifico que a versão apresentada pelo réu, quanto aos fatos a ele imputados, não foi utilizada para a formação do convencimento do Magistrado, que fundamentou o decreto condenatório nos demais elementos probatórios colhidos nos autos. Dessa forma, não há falar em aplicação da atenuante da confissão espontânea. Nesse diapasão:

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA QUE EXCEDE O TIPO PENAL. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DESCABIMENTO. ATENUANTE NÃO UTILIZADA PARA LASTREAR O DECRETO CONDENATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO.**

*I - o col. Supremo Tribunal Federal tem entendido que "a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada" (HC n. 137.769/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em*

24/10/2016).

II - O Pretório Excelso também entende não ser possível para as instâncias superiores reexaminar o acervo probatório para a revisão da dosimetria, exceto em circunstâncias excepcionais, uma vez que, ordinariamente, a atividade dos Tribunais Superiores, em geral, deve circunscrever-se "ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades" (HC n. 128.446/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 15/9/2015).

III - Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que a via do writ e de seu recurso ordinário somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

IV - Na hipótese, verifico que o aumento da pena em razão da culpabilidade está, de fato, fundamentado, tendo em vista que a apreciação negativa de tal vetor revela que a conduta praticada pelo agente ultrapassa as características ínsitas ao tipo. O d. juízo sentenciante destacou a alta culpabilidade do paciente porquanto "além de agredir fisicamente pessoas mais vulneráveis, seja em razão de força física inferior, seja em razão da tenra idade, ainda promovia verdadeiro estado de terrorismo no ambiente familiar, ameaçando de morte a ex-companheira", conforme consignado no édito condenatório. Adequada a negativação da culpabilidade, tendo em vista que a reprovabilidade do fato ultrapassa o previsto no tipo penal, a evidenciar a maior censurabilidade da conduta do agente. Precedentes.

V - Não há que se falar na ocorrência de bis in idem, ante a existência de múltiplos fatores elencados pelo d. juízo sentenciante para agravar a culpabilidade do paciente, como agressões à ex-companheira, que é fisicamente mais vulnerável, e ao verdadeiro estado de terrorismo no ambiente familiar, ameaçando de morte a ex-companheira, o que não se confunde com a agravante genérica do art. 61, inciso II alínea h, do Código Penal, que incide no caso em razão de o crime ter sido cometido contra criança. Precedentes.

VI - Inviável a aplicação da atenuante confissão espontânea, tendo em vista que in casu, a confissão do paciente não foi utilizada para lastrear a condenação. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 488.373/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/3/2019).

Desse modo, inexistente flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.