

# *Superior Tribunal de Justiça*

**HABEAS CORPUS Nº 523.307 - MG (2019/0216890-2)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**FABIANO TORRES BASTOS**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**PACIENTE : RICARDO HENRIQUE BREDER DE OLIVEIRA (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

## **DECISÃO**

**RICARDO HENRIQUE BREDER DE OLIVEIRA** alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, que negou provimento à Apelação Criminal n. 1.0024.18.076941-6/001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a condenação foi baseada em provas ilícitas, obtidas por meio de invasão de domicílio.

Caso mantida a condenação, afirma que deve ser aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com a consequente fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da reprimenda e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida e, depois de as informações haverem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus e, caso conhecido, pela denegação da ordem.

**Decido.**

### **I. Invasão de domicílio – não ocorrência**

# *Superior Tribunal de Justiça*

No que tange à apontada ilicitude da prova obtida por meio do ingresso no domicílio do acusado, bem como de todas as que dela decorreram, entendo que **não assiste razão à defesa**.

O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Veja-se, portanto, que o texto constitucional estabeleceu, na referida regra, a máxima de que a casa é asilo inviolável e, ao mesmo tempo, **previu as respectivas exceções**, quais sejam: a) se o morador consentir, b) em caso de flagrante delito ou desastre, c) para prestar socorro e d) durante o dia, por determinação judicial.

No caso, o Tribunal de origem afirmou, expressamente, que "a narrativa dos policiais militares envolvidos, conforme consta do Auto de Prisão em Flagrante, **revela que o acusado autorizou a entrada em sua casa, não havendo indícios de arrombamento ou operação ilegal**" (fl. 286).

Portanto, uma vez que a Corte estadual, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, asseverou, **de maneira expressa, que houve autorização do paciente para o ingresso dos policiais em sua residência** – hipótese excepcionada pela Constituição Federal –, não identifico o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima nesse ponto.

Ademais, para alterar o entendimento adotado pelo Tribunal de origem e chegar à conclusão de que não teria havido autorização do réu para o ingresso em seu domicílio, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento incabível na via estreita do habeas corpus.

## **II. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas**

A Corte estadual manteve o indeferimento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base nos seguintes fundamentos (fls. 301-302):

Nota-se nos autos que o acusado se dedicava à atividade criminosa.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Isso porque, conforme se vê do Laudo de Constatação Preliminar de fls. 07 e Auto de Apreensão de fls. 08, **fora apreendida expressiva quantidade de entorpecente, aproximadamente 1,100 kg de maconha, o que indica que os acusados vinham se dedicando à atividade criminosa.**

Registra-se que a vultosa quantidade de entorpecentes arrecadada evidencia a perspicácia do acusado na prática da narcotraficância, porquanto pode angariar um maior número de usuários para auferir lucro ainda maior. Caso o denunciado fosse, de fato, inexperiente no ramo mercantil, dificilmente portaria a singular quantidade de entorpecentes.

[...]

Ao meu entendimento, não estão presentes os requisitos para a concessão do benefício mencionado pela Lei de Drogas, visto que a apreensão de grande quantidade de droga, como salientado, faz pressupor a dedicação a atividades criminosas, afastando a incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343, não preenchendo o réu, portanto, os critérios legais.

Com efeito, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/6/2019).

No caso, conforme visto, a Corte estadual entendeu indevida a aplicação da minorante, com fundamento, tão somente, **na quantidade de drogas apreendidas**, circunstância que a levou à conclusão de que o acusado seria **dedicado a atividades delituosas**.

# Superior Tribunal de Justiça

Certo é que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, **é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa** e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas. Vale dizer, a elevada quantidade de drogas apreendidas pode ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas.

No entanto, não há como se olvidar que, por ocasião do julgamento do **HC n. 112.776/MS** – *leading case* sobre a discussão acerca do *bis in idem* nesses casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas –, em sessão plenária ocorrida no dia **19/12/2013**, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, na primeira ou na terceira fase, **sempre de forma não cumulativa**. Esse fato privilegia, de acordo com o Relator, Ministro Teori Zavascki, o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o Relator, sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza *bis in idem*.

Em 4/4/2014, a matéria foi objeto de nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral no **ARE n. 666.334/AM**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reafirmou o entendimento de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração **apenas em uma das fases da dosimetria da pena**, em observância à vedação do *bis in idem*.

Dessa forma, uma vez que, no caso, a Corte estadual sopesou o mesmo elemento – quantidade de drogas apreendidas – tanto para fins de manutenção da pena-base acima do mínimo legal (fl. 198) quanto para justificar a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tenho como caracterizada a **ofensa ao princípio do ne bis in idem**.

Assim, deve ser determinado o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a fim de que realize nova dosimetria da pena do paciente, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas

apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

### **III. Regime inicial de cumprimento de pena**

O Tribunal de origem fundamentou a manutenção do regime inicial **fechado** de cumprimento de pena, nos seguintes termos (fl. 307):

[...] observa-se que a **expressiva quantidade de droga apreendida** torna inviável a fixação do regime mais brando como pretende a defesa, pois este não se apresenta socialmente recomendável, pelo que fica mantido o regime fechado como inicial para o cumprimento da pena.

Sobre a matéria posta em discussão, faço o registro de que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, **HC n. 111.840/ES**, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Conforme visto, a Corte de origem justificou a fixação do regime inicial mais gravoso com base, justamente, nas **peculiaridades do caso concreto, notadamente na elevada quantidade de drogas apreendidas (mais de 1 kg de maconha)**, circunstância que, de fato, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

Portanto, em homenagem ao **princípio do livre convencimento motivado** e uma vez que foram apontados argumentos concretos e específicos dos autos para a escolha do regime prisional fechado, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo feito pelo Tribunal de origem para fixar regime inicial mais brando de cumprimento de pena ao acusado.

Registro, no entanto, que nada obsta que a Corte de origem, ao reanalisar a dosimetria da pena e caso reduza a sanção imposta ao

paciente, reavalie o regime inicial de cumprimento da reprimenda, como consectário de eventual nova pena aplicada.

#### **IV. Substituição da pena por restritiva de direitos**

Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda privativa de liberdade, fica mantida, ao menos por ora, a negativa de substituição da pena por restritiva de direitos, por ausência de preenchimento do requisito objetivo (sanção superior a 4 anos de reclusão – art. 44, I, do Código Penal).

Contudo, é igualmente possível que o Tribunal de origem, por ocasião da nova dosimetria da pena – e na hipótese de reduzir a reprimenda aplicada ao paciente – também reavalie a eventual possibilidade de deferimento do benefício em questão.

#### **V. Dispositivo**

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo parcialmente a ordem**, para reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a fim de que realize nova dosimetria da pena do paciente, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda (Apelação Criminal n. 1.0024.18.076941-6/001).

Ainda, determino ao Tribunal de origem que, ao reanalisar a dosimetria da pena e caso reduza a sanção imposta ao acusado, reavalie o regime inicial de seu cumprimento e a possibilidade de substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, como consectário de eventual nova pena aplicada.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**