

**HABEAS CORPUS Nº 523.103 - SP (2019/0215199-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : RODRIGO CORREA GODOY E OUTROS  
**ADVOGADOS** : RODRIGO CORRÊA GODOY - SP196109  
ALEXANDRE MASCARIN FRANCISCO - SP399270  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MARCOS AURELIO DE OLIVEIRA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* sem pedido de liminar impetrado em favor de MARCOS AURÉLIO DE OLIVEIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Criminal n. 0001285-84.2017.8.26.0599/50000.

No presente *writ*, a parte impetrante busca o reconhecimento da nulidade da coleta de provas, sob o argumento de injustificada violação do domicílio do paciente; a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no percentual de 2/3, por entender que o fundamento para o afastamento foi inidôneo, qual seja, a quantidade de drogas; e o abrandamento do regime prisional, sob a alegação de que a imposição do regime mais severo deu-se com amparo na gravidade abstrata do crime.

Assevera, ainda, que, ao apreciar a inaplicabilidade do tráfico privilegiado e o regime prisional, o Tribunal estadual incorreu em *reformatio in pejus*, violando o artigo 617 do CPP.

Informações prestadas (fls. 388/404).

Parecer ministerial de fls. 406/412 pela denegação da ordem.

É o relatório. Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Na hipótese em debate, tem-se *que*, através de investigações pretéritas, foi

constatada a existência de indícios prévios da prática da traficância, o que autoriza a atuação policial, não havendo falar em nulidade da prisão em flagrante no interior do domicílio do agente por invasão policial.

De mais a mais, é firme neste Superior Tribunal de Justiça a orientação jurisprudencial no sentido de que o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade "guardar" é do tipo permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o qual autoriza a prisão em flagrante no interior do domicílio, inclusive no período noturno, independente de mandado judicial, desde que haja fundada razão da existência do crime. Nesse sentido:

**"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. VIVÊNCIA DELITIVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. HABEAS CORPUS DENEGADO.**

**1. Esta Corte Superior entende que o ingresso em domicílio sem mandado exige fundadas razões de crime em desenvolvimento, mas na hipótese dos autos a esposa do paciente franqueou a entrada dos agentes públicos em sua residência.**

**2. Apresentada fundamentação concreta, evidenciada no fato de que os sentenciados se dedicam a atividades criminosas e fazem do crime seu meio de vida, pois praticavam o comércio ilícito de drogas - por meses - em frente ao fórum do município, reiterando, assim, a conduta delitiva, não há ilegalidade no decreto prisional.**

**3. Sabe-se que o prazo para a conclusão de julgamento de apelação não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, sendo imprescindível exame com razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais.**

**4. Na espécie, o andamento do recurso encontra-se compatível, embora tenha sido necessária a remessa dos autos ao Juízo de origem, para o oferecimento de contrarrazões por parte do Ministério Público, não se tributando, pois, aos órgãos estatais indevida letargia.**

**5. Ainda que o paciente esteja preso desde 16/11/2016, verifica-se que, no momento, a custódia cautelar não se revela desproporcional, tendo em vista que este possui aplicada pena de 15 anos, 10 meses e 24 dias de reclusão.**

**6. Habeas corpus denegado, com a recomendação de celeridade no julgamento da apelação criminal n. 0002556-04.2016.8.26.0102/SP." (HC 453.095/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 16/10/2018).**

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.**

TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE DO FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA E QUESITAÇÃO PELA DEFESA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM E DA SAÚDE PÚBLICAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CUSTÓDIA JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CAUTELARES ALTERNATIVAS. INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Acerca do alegado excesso de prazo para a formação da culpa e quanto à refutada não realização dos quesitos apresentados pela defesa, em audiência de custódia e posteriormente em pedido de revogação da prisão processual, verifica-se que tais temas não foram objeto de análise e deliberação pelo Colegiado local ao exarar o acórdão combatido, circunstância que inviabiliza a aspirada análise - direta - por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Por se tratar de flagrante de crime permanente, afigura-se dispensável o mandado judicial de busca e apreensão, podendo a autoridade policial (licitamente) realizar a prisão em flagrante do agente, ainda que em seu domicílio e sem seu consentimento, quando a conduta flagrantial da traficância se subsumir a quaisquer das hipóteses de incidência plasmadas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, e estiver precedida de fundada suspeita.

3. No caso, havendo fundadas suspeitas, oriundas de denúncias anônimas averiguadas pela polícia da localidade, de que o flagranteado estaria praticando o crime de tráfico de drogas, não há que se falar em nulidade da prisão, por se tratar de delito permanente, cuja invasão domiciliar não se submete à cláusula de reserva de jurisdição, conforme exegese autêntica do art. 303 do Código de Processo Penal, conjugada à redação do art. 5º, inciso XI, da Carta Política de 1988.

4. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada, na forma dos arts. 312 e 315, ambos do Código de Processo Penal, e em alinhio à jurisprudência firmada por esta Corte Superior sobre a matéria, pois a considerável quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, somadas ao contexto em que efetivado o flagrante da traficância, são fatores que revelam maior envolvimento do agente com a narcotraficância, demonstrando que a manutenção da constrição cautelar justifica-se como meio necessário e adequado à salvaguarda da ordem e da saúde pública.

5. Na hipótese, a segregação cautelar do acusado restou devidamente justificada na salvaguarda da ordem pública, precipuamente fundada na significativa quantidade e diversidade da droga apreendida

*em seu domínio, e cujo flagrante da traficância foi oriundo de denúncias anônimas, delineamento fático-processual apto a rechaçar a alvitrada liberdade provisória.*

*6. Condições pessoais favoráveis, como a primariedade do agente, não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.*

*7. Pelas mesmas razões, revela-se indevida a aplicação das medidas cautelares etiquetadas no art. 319 do Código de Processo Penal quando a custódia preventiva se encontra ampara na gravidade efetiva do delito e na repercussão social pelo risco causado à ordem e à saúde pública.*

*8. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido." (RHC 94.162/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/05/2018)*

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE SOCIAL (APREENSÃO DE CRACK). RISCO DE REITERAÇÃO (CONDENAÇÃO ANTERIOR POR TRÁFICO). PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.**

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

*2. A garantia constitucional de inviolabilidade ao domicílio é excepcionada nos casos de flagrante delito, não se exigindo, em tais hipóteses, mandado judicial para ingressar na residência do agente. Todavia, 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. No caso, os elementos concretos constatados na diligência iniciada a partir de uma denúncia anônima, como a apreensão de droga e a fuga do suspeito para o interior da residência, legitimaram a atuação policial para realizar a prisão em flagrante do paciente. Precedentes.*

*3. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.*

*4. Na espécie, a medida extrema foi mantida pelo Tribunal estadual em razão da periculosidade social do paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas extraídas do flagrante, notadamente pela nocividade da droga apreendida - 26 porções de crack, bem como pelo*

*fato de que estaria traficando drogas nas proximidades de uma creche municipal. Além disso, o paciente ostenta condenação anterior também por tráfico de drogas, inclusive é egresso do sistema carcerário e "conhecido no meio policial pela prática de diversos crimes" (e-STJ fl. 62), o que efetivamente evidencia o risco de reiteração em práticas ilícitas. Medida preservada nos termos do art. 312 do CPP. Precedentes.*

*5. Habeas corpus não conhecido." (HC 433.408/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/06/2018)*

Noutro vértice, tampouco merece guarida a impetração relativamente a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

São estes os fundamentos do aresto hostilizado para afastar a aplicação do redutor, litteris:

*"Mantida a condenação, passa-se à dosimetria da reprimenda.*

*Na primeira fase, o acréscimo sobre as penas-base será mantido, pois devidamente justificado pela enorme quantidade (10.204g) da droga apreendida na casa do apelante, em cumprimento ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas, c.c. o art. 59 do CP.*

*Na segunda fase, o acréscimo foi devidamente compensado em razão da circunstância atenuante da confissão espontânea, retornando as penas ao piso de cinco anos de reclusão de 500 dias-multa.*

*Na terceira fase, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não pode ser reconhecida porque demonstrado que o apelante se dedica a atividades criminosas, impedimento legal para a concessão do benefício. Pela enorme quantidade da droga apreendida com o apelante, é patente, que ele não fazia isto pela primeira vez, pois nenhum grande traficante confiaria esta tarefa, com alto valor econômico envolvido (basta calcular o valor que essa quantidade da droga tem no mercado espúrio) a um novato na criminalidade.*

*Ausentes outras causas de aumento ou de diminuição, mantêm-se as penas definitivas em cinco anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.*

*O regime inicial fechado será mantido em razão da enorme quantidade de droga apreendida, que revela maior gravidade concreta da conduta praticada e demonstra a inadequação da fixação de regime mais ameno, como pretende a defesa.*

*Por fim, declara-se que nenhum dos dispositivos legais ou constitucionais apontados nas razões de apelação foi afrontado na fundamentação deste acórdão.*

*3. Ante o exposto, rejeita-se a preliminar e, no mérito, nega-se provimento ao recurso."*

Vê-se, a instância ordinária negou a aplicação do aludido redutor considerando que as circunstâncias apuradas na instrução processual, evidenciaram a dedicação do réu em atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente exame aprofundado de fatos e provas, inviável no rito eleito. A propósito:

*"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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]*

*2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.*

*3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes. [...]*

*5. Habeas corpus não conhecido." (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)*

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS.*

*REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. [...]*

*2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. [...]*

*5. Habeas corpus não conhecido." (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)*

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]*

*2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus. [...]*

*6. Habeas corpus não conhecido." Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016)*

Tampouco há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado. Isso porque a quantidade da droga apreendida, de fato, conforme consignado pelo juízo de primeiro grau, justifica a fixação do regime prisional mais gravoso. Nesse diapasão:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA.*

**QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- No caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 344.946/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016)

**"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.**

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Fixado o regime inicial fechado não só com base na hediondez do delito, mas também em razão da natureza, quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente - 22 porções de maconha, pesando 61,37g, 24 eppendorfs de cocaína, pesando 15,64g e 22 eppendorfs de crack, pesando 4,19g - fundamentos os quais, inclusive, justificaram a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido." (HC 371.001/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2016)

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PREPONDERÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MINORANTE NÃO AFASTA HEDIONDEZ. MATÉRIA PACIFICADA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. INVIÁVEL O EXAME EM RECURSO ESPECIAL.**

I - A valoração negativa da circunstância referente à quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, realizada, seja na primeira ou na terceira fase da dosimetria, na linha da orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, autoriza a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. (Precedentes). [...]

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no REsp 1480517/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/09/2015)

Por fim, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

Dessa forma, inexistente flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator