

HABEAS CORPUS 269.189 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. FLÁVIO DINO
PACTE.(S) : WESLEY DIEGO DA SILVA PEREIRA
IMPTE.(S) : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 1.068.484 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Alegada nulidade. Pedidos de absolvição e redimensionamento da pena. Minorante. Não exaurimento da instância antecedente. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior. Precedentes. Negativa de seguimento.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Wesley Diego da Silva Pereira contra decisão monocrática do Relator do HC 1.068.484/SP do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu a ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena (evento 4, fls. 3-13).

O paciente foi condenado definitivamente à pena de 05 anos de reclusão pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (evento 4, fls. 3-13).

No presente *writ*, a Defesa sustenta a ocorrência de nulidade processual dada a quebra da cadeia de custódia. Argumenta que “a inexistência de identificação clara dos lacres, a ausência de individualização do vestígio e a falta de correlação técnica entre o auto preliminar e os demais documentos da apreensão tornam impossível aferir se a substância analisada é, de fato, a mesma que teria sido apreendida, rompendo-se a confiabilidade da prova desde sua origem” e que “as mídias juntadas às fls. 106 a 124 são

manifestamente nulas e imprestáveis como meio de prova, pois foram produzidas em frontal violação à cadeia de custódia”, em descumprimento aos arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal. Aduz a possibilidade aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. Ressalta que o paciente é primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa. Requer, em medida liminar e no mérito, a absolvição do paciente e, subsidiariamente, o redimensionamento da pena, com a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

É o relatório. Decido.

Colho do ato apontado como coator (evento 4, fls. 3-13):

“(…)

Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

Passo, assim, ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O acórdão impugnado encontra-se fundamentado nos seguintes termos:

"A acusação é de que, segundo a denúncia, aos

“23 de março de 2023, por volta das 10h30min, na Rua Amazonas, 733, Vila Nova, nesta cidade e comarca de Pereira Barreto, MICHAEL DE ARAUJO FRANCISCO LISBOA, conhecido como “Bombeiro” E WESLEY DIEGO DA SILVA PEREIRA, conhecido como “Leleco” já qualificados nos autos, respectivamente, às fls. 11 e 10, tinham em depósito, para fins de tráfico, uma porção de “cocaína”, totalizando 1,1g (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 28/29 e laudo de constatação provisório de fls. 31), substância esta entorpecente e causadora de dependência física e psíquica, o fazendo sem autorização legal e em desacordo com determinação legal e regulamentar”, com materialidade comprovada pelo laudo definitivo de fls. 45/55 e 193/195, 196/201, 206/208.

Interrogados, MICHAEL admitiu a propriedade da droga para uso próprio, refutando a mercancia ilícita, bem como a alcunha de “Peixinho”, enquanto, WESLEY, negou a imputação, aduzindo que as embalagens plásticas apreendidas seriam utilizadas pela esposa para embalar brindes a serem distribuídos na loja em que trabalha.

Os Policiais Civis Henrique e Luiz relataram que, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, rumaram ao endereço declinado, onde encontraram os apelantes, na posse de petrechos do vil comércio, uma porção de entorpecente, além de dinheiro e celulares. Na ocasião, WESLEY franqueou o ingresso, enquanto, MICHAEL, utilizava o computador no quarto, por meio do qual trocava mensagens sobre o exercício da mercancia ilícita.

No mesmo sentido, Rafael - Delegado de

Polícia.

A testemunha defensiva Carolaine - esposa de WESLEY - disse que a balança era de sua propriedade, utilizada para administrar suplementos alimentares e, como era de se esperar, buscou confirmar sua narrativa, aduzindo que as embalagens plásticas seriam utilizadas para a separação de brindes. Todavia, seus dizeres devem ser recebidos com reservas e não merecem maior credibilidade, diante do estreito vínculo entre eles.

Prova suficiente.

Como se vê, os depoimentos dos agentes públicos foram harmônicos e coerentes, não havendo comprovação de qualquer animosidade anterior específica que justificasse infundada acusação, inclusive diante do contido no CPP, art. 202, caput, de que toda pessoa pode ser testemunha.

Seria um contrassenso o Estado credenciar pessoas para a função repressiva e depois lhes negar crédito quando dão conta de suas diligências (RT 417/94, 486/351, 771/565 e 772/682).

Nesse contexto, a certeza do narcotráfico é aferível pelas circunstâncias da diligência, culminando com o encontro de substância entorpecente, apetrechos e conversas trocadas via WhatsApp, além dos inexoráveis depoimentos dos agentes públicos, elementos suficientes à procedência, não remanescendo quaisquer dúvidas quanto ao destino a terceiros e não ao seu consumo isolado, até porque eventual condição de usuário não seria impeditiva da realização concomitante do comércio clandestino, o que arreda eventual

desclassificação ao delito do art. 28.

E nem se alegue “ínfima quantidade”, para se alcançar a almejada desclassificação, pois a praxe forense vem demonstrando que comumente traficantes costumam manter consigo pouco entorpecente, na tentativa de afastar a responsabilidade criminal e, justamente, postular reconhecimento de uso, como no caso.

Ademais, em se tratando de crime de ação múltipla, pois apresenta várias formas objetivas de violação do tipo penal, basta, à consumação do injusto, a prática de um dos verbos ali previstos (STJ - AgRg no REsp 736729/PR - Min. OG FERNANDES - Sexta Turma - Dje 02/05/2013).

Dosimetria As bases de ambos partiram do piso, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda etapa, as sanções de MICHAEL foram elevadas de 1/6, 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, pela reincidência, o que ora se afasta, diante da ausência de anotação de trânsito em julgado (fls. 60/61), retornando-se ao piso, 5 anos de reclusão e 500 dias- multa. Sem atenuantes.

Inexistentes agravantes, ainda nesta fase, prejudicadas as atenuantes da menoridade e confissão de WESLEY, por fundamento diverso, porque maior à época dos fatos (circunstância despercebida na Origem) além de ter somente admitido posse e não tráfico (Súmula/STJ, nº 630).

Ausentes causas de aumento, na derradeira, não era mesmo o caso de incidência da minorante da Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, cuja razão, como já assentou o STJ, é justamente punir com menos rigor

o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 (REsp 1341280/MG,

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 29/09/2014).

Nesse sentido: “a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06” (STJ, HC 202.617/AC, Ministro ADILSON VIEIRA MACABU, DJe 20/6/2011).

Por isso, para a aplicação da redução são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes, que não integre organização criminosa ou se dedique a atividades delituosas.

No caso, a despeito da primariedade, há clara demonstração de que WESLEY perpetrou o delito em conluio com MICHAEL, porquanto as conversas mantidas por meio de uma rede social indicam o exercício de atividade coordenada revelando, obviamente, não se tratar de “pequenos” traficantes ou de “primeira viagem”, fazendo, da criminalidade, o modo de vida, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo.

Inexequível a pretensão de isenção ou redução da multa (por suposta hipossuficiência), porque decorrente de preceito secundário do tipo, cujos critérios de fixação devem acompanhar,

proporcionalmente, aos da privativa de liberdade, nos termos do art. 68, lembrando-se que poderá ser parcelada, oportunamente, na forma da LEP, art. 169, caput.

O montante da pena imposto impede a concessão das benesses do CP, art. 44 e, mesmo que assim não fosse, ainda que a Res. nº 5/2012, do Senado Federal, tenha suspenso a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” da Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, declarada inconstitucional por decisão do STF, nos autos do HC nº 97.256/RS, nesse caso, afigura-se inviável, porque não preenchido o requisito inciso III. Os motivos e as circunstâncias do crime indicam a insuficiência, especialmente porque socialmente não recomendável à prevenção e repressão do delito de tráfico, impulsionador de uma verdadeira cadeia delitiva, assolando a sociedade de forma funesta, mercê da natureza propulsora e devastadora das drogas apreendidas, cujo poder viciante assola seus dependentes que, para garantir o consumo, na maioria das vezes, praticam crimes patrimoniais.

O regime prisional fechado deriva da gravidade concreta da conduta, aferível não só pela dedicação ao crime em comento, como também pela natureza da substância apreendida (cocaína). Não se ignora que o mesmo Sodalício reconheceu e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, no julgamento do HC nº 111.840/ES, em 27 de junho de 2012, que instituiu obrigatoriedade do início da pena em regime fechado. Entretanto, a r. Decisão, despida de efeito erga omnes, não retirou, da natureza de delito, a equiparação a hediondo, inexistindo qualquer

afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso de WESLEY DIEGO DA SILVA PEREIRA e dá-se parcial ao de MICHAEL DE ARAUJO FRANCISCO LISBOA, para reduzir suas penas a 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantida, no mais, a sentença." (e-STJ, fls. 36-40; sem grifos no original)

De início, cumpre anotar que as teses de ilegalidade do ingresso domiciliar, de quebra da cadeia de custódia (inclusive quanto às mídias digitais), de exame específico da violação ao art. 155 do Código de Processo Penal, bem como de negativa de vigência de lei federal e de divergência jurisprudencial, não foram objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede o conhecimento dos temas diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

Nesse passo, cumpre anotar que, como demonstrado na sentença e no acórdão, os testemunhos firmes e harmônicos dos policiais civis, prestados em juízo sob contraditório, corroborados pelo boletim de ocorrência, pelo auto de exibição e apreensão, pelo laudo de constatação preliminar e pelos laudos toxicológicos definitivos, comprovam que os pacientes tinham em depósito, para fins de tráfico, uma porção de cocaína de 1,1 g, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de apetrechos de traficância, dinheiro e celulares, tudo apreendido em cumprimento de mandado de busca.

O contexto fático é incompatível com a tese de uso pessoal: apreensão de entorpecente e de apetrechos típicos da mercancia, aliada a diálogos trocados via WhatsApp que

indicam atividade coordenada de traficância, tal como registrado pelos policiais civis e confirmado pelo delegado de polícia Rafael.

Diante disso, apoiada a condenação em prova suficiente — apreensão de droga e apetrechos, circunstâncias da diligência e diálogos obtidos e valorados em juízo —, o afastamento das teses de absolvição ou de desclassificação ao art. 28 demandaria revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido: AgRg no HC 944.249/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/12/2024, DJEN de 23/12/2024; HC 994.389/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 4/6/2025, DJEN de 10/6/2025.

O pedido de reconhecimento do redutor do tráfico privilegiado, também, não merece prosperar.

De acordo com o 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.

Na hipótese, segundo se observa, as instâncias ordinárias concluíram pela dedicação a atividades delituosas dos agentes, considerando a apreensão de uma porção de cocaína (1,1 g), os apetrechos relacionados ao tráfico (embalagens plásticas, balança de precisão, dinheiro e celulares) e as conversas trocadas via computador/WhatsApp que revelam atuação coordenada entre os corréus.

Assim, assentado pelo Tribunal de origem, com fundamento em elementos colhidos nos autos, que o paciente se dedica a atividade criminosa, 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*.

(...)

Por outro lado, estabelecida a pena em patamar inferior a 8 anos de reclusão, sendo primário o paciente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o modo intermediário é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b".

(...)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto."

Há óbice ao conhecimento do presente *writ*, uma vez não esgotada a jurisdição do Tribunal Superior antecedente. O ato impugnado é decisão monocrática e não o resultado de julgamento colegiado.

O exaurimento da instância no Tribunal Superior é condição para instaurar a competência desta Suprema Corte com base nos artigos 102, I, 'i', e 102, II, 'a', da Constituição Federal. Nesse sentido, a jurisprudência desta Suprema Corte afirma que "*Não se inaugura a competência deste Supremo nas hipóteses em que não esgotada a jurisdição antecedente, visto que tal proceder acarretaria indevida supressão de instância, dado o cabimento de agravo regimental*" (HC 234.766-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 05.02.2024); "*A não interposição de agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça ou a ausência da análise da decisão monocrática pelo Colegiado daquela Corte impedem o conhecimento do habeas corpus pelo Supremo Tribunal Federal, pois, do contrário, permitiria ao jurisdicionado a escolha do Tribunal para conhecer e julgar a sua causa, o que configuraria*

evidente abuso do direito de recorrer.” (HC 235.743-AgR, Rel. Min. Cristiano Zanin, Primeira Turma, DJe 14.02.2024).

Na mesma linha: HC 235.631-ED, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 14.02.2024; HC 233.763-AgR, Rel. Min. André Mendonça, Segunda Turma, DJe 13.12.2023; HC 235.584-AgR, Rel. Min. Cristiano Zanin, Primeira Turma, DJe 09.02.2024; HC 232.665-AgR, Rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 26.10.2023; HC 233.620-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 09.01.2024; HC 234.766-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 05.02.2024; HC 228.740-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 228.740-AgR; HC 221.482-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01.12.2022; HC 230.493-AgR, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, DJe 09.01.2024; HC 225.698-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 27.4.2023; HC 218.742-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 20.9.2022.

Na esteira da orientação do Ministro Celso de Mello, *‘[e]sta Suprema Corte (...) **compreende** que a cognoscibilidade da ação de “habeas corpus” **supõe**, em contexto idêntico ao de que ora se cuida, **a existência** de decisão colegiada da Corte Superior **apontada** como coatora, **situação inocorrente na espécie**’* (HC 183.035/CE).

O **caso concreto** não autoriza superação desse entendimento, porquanto não identificadas situações excepcionais de flagrante ilegalidade ou de teratologia constatáveis de plano, ou, ainda, de decisão manifestamente contrária à jurisprudência desta Suprema Corte.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus* (art. 21, § 1º, do RISTF).

Publique-se.

HC 269189 / SP

Brasília, 5 de março de 2026.

Ministro FLÁVIO DINO

Relator

Documento assinado digitalmente