



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 969281 - SP (2024/0480357-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : GABRIEL RODRIGUES DE SOUZA
ADVOGADOS : GABRIEL RODRIGUES DE SOUZA - SP436815
JOÃO PEDRO ANDRADE FONTEBASSI BONFANTE DE SOUZA - SP485533
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAUAN BEVILAQUA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL Tráfico de drogas, posse de munição de arma de fogo de uso permitido e falsa identidade Preliminar de nulidade da prova produzida por suposta da violação de domicílio Não configuração, diante da notória existência do estado de flagrância, justificador da ação dos agentes estatais Absolvição em relação aos crimes de posse de munição e falsa identidade Cabimento Crime de posse de munição de arma de fogo Princípio da insignificância Infima lesão ao bem protegido pela norma penal Falsa identidade Conduta que ofendeu a lesividade jurídica Pena base reduzida para não configurar bis in idem Impossibilidade de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da dedicação do réu a atividades criminosas Regime fechado adequado e compatível com a gravidade do delito de tráfico de drogas PRELIMINAR REJEITADA RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

Consta dos autos que o paciente CAUAN BEVILAQUA DA SILVA foi condenado como incurso no artigo 33, “caput” c. c. artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, na forma do artigo 29 do Código Penal c. c. artigo 307, “caput”, do Código Penal e artigo 16, “caput”, da Lei nº 10.826/2003, condenando-o à pena de 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado e ao pagamento de 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo e à pena de 03 (três) meses de detenção, a ser cumprida no regime inicial fechado (fls. 328/341).

A defesa alega, preliminarmente, a ilicitude das provas obtidas em razão da busca domiciliar ilegal. No mérito, pleiteou a absolvição por atipicidade material em relação aos delitos previstos no artigo 307 do Código Penal e 16, caput da Lei nº

10.826/2003. Subsidiariamente, requereu o afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI da Lei de Drogas e o reconhecimento do denominado tráfico privilegiado, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos e a fixação do regime aberto para o cumprimento das penas (fls. 376/392).

Ao final, requer a concessão da ordem para absolver o paciente ou reformar a dosimetria da pena.

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

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

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

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

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

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

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

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

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

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

No que tange às alegações da defesa, assim entendeu o Tribunal de origem sobre o crime de falsa identidade (e-STJ fls. 12-15):

Por outro lado, o crime de falsa identidade restou caracterizado. Com efeito, conforme afirmado pelos policiais ouvidos nos autos, ao ser detido, o apelante se identificou pelo Pedro Henrique, dizendo ser menor de idade, sendo descoberta sua real identidade após diligências efetuadas na residência do acusado, onde sua genitora passou corretamente os dados de sua identificação. Para a comprovação de sua materialidade, a realização de prova pericial ou apreensão de documento de identificação falsa. Com efeito, é necessário tão somente que o acusado decline o nome de outra pessoa, restando tal fato comprovado nos autos. Assim, o crime se consumou com o ato de atribuir-se falsa identidade, pouco importando tenha posteriormente fornecido os dados corretos aos policiais. Por outro lado, não há que se falar em atipicidade da conduta, ou inexigibilidade de conduta diversa, sendo o fato imputado ao acusado típico, antijurídico e culpável. Aliás, digno de nota o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 640.136/DF de Relatoria da Ministra Rosa Weber, cujo conteúdo segue abaixo transcrito:

(...)

Nem se diga tratar-se de crime impossível, isto porque, para que haja consumação do delito, não é necessária a obtenção da vantagem pretendida, bastando que seja idônea a falsa atribuição. Não pode qualquer pessoa, ao ser questionada sobre sua identificação, durante averiguação policial ou perante a Autoridade competente, apresentar-se com nome diverso do seu, não podendo referida situação ser tomada como normal, restando evidenciado o intuito do apelante em atribuir-se falsa identidade. Não se admite, da mesma maneira, a tese de não caracterização do delito de falsa identidade em razão da autodefesa permitida ao preso. Com efeito, este poderá, entre outras condutas, permanecer calado ou alterar a verdade sobre fatos que lhe são imputados. Porém, o princípio nemo tenetur se detegere não lhe confere imunidade diante da falsidade de elementos de sua própria identidade, a fim de tentar evitar a apuração de antecedentes.

Com relação ao crime de falsa identidade, o Superior Tribunal de Justiça editou o Tema Repetitivo n. 646, verbis: "É típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP)".

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
USO DE DOCUMENTO FALSO. AUTODEFESA. ATIPICIDADE. NÃO**

OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. FALSA IDENTIDADE. DESCABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Hipótese em que o réu, parado por policiais militares, enquanto conduzia veículo automotor, apresentou Carteira Nacional de Habilitação falsa.

2. Incabível a pretendida absolvição, porquanto esta Corte Superior, na linha do Supremo Tribunal Federal, entende que tanto o uso de documento falso quanto a atribuição de falsa identidade, mesmo que destinados para o fim exclusivo de autodefesa, configuram crime.

3. A "efetiva utilização do documento objeto do falso afasta o enquadramento da conduta no tipo penal de falsa identidade, previsto no artigo 307 do Código Penal, que tem caráter subsidiário" (REsp 1.710.259/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/9/2018, DJe 19/9/2018).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.248.031/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 13/3/2023.)

No caso, como se extrai dos depoimentos policiais, inclusive ante o cenário de posterior ida até a casa da mãe do paciente para confirmação do exato nome, verifica-se que não houve prejuízo algum à lavratura do APF, posto que anteriormente, inclusive, consta dos autos que a partir de rápidas diligências o PM Basílio houve por descobrir que este manifestante se chamava Cauan, tendo posteriormente confirmado sua real identidade e, portanto, prosseguido com o trâmite legal para a responsabilização penal de maneira regular e intacta.

In casu, portanto, não houve qualquer possibilidade de prejuízo à Administração Pública, pois a verdadeira identidade deste manifestante foi descoberta antes da lavratura do auto de prisão em flagrante, o que conduz ao reconhecimento de ínfima lesão ao bem jurídico, ensejando a absolvição.

No tocante a reforma da pena para o crime de tráfico de drogas, o v. acórdão justificou que:

Na terceira-fase da dosimetria para o delito de tráfico de drogas, incidiu a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI da Lei 11.343/2006, uma vez que patente a participação da adolescente na prática delitiva. Os policiais militares ouvidos em Juízo confirmaram a participação da adolescente asseverando que ambos estavam juntos e correram quando avistaram a viatura policial, sendo certo que portavam sacolas, nas quais foram encontradas drogas variadas, com as mesmas características de embalo. O fato, de que nunca haviam sido avistados juntos pelas testemunhas, não possui o condão para afastar a causa de aumento. Assim, resta caracterizada, a majorante, prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, consignando-se que o dispositivo mencionado não faz menção, nem mesmo por algum esforço interpretativo, à vida pregressa da criança ou adolescente envolvida na traficância, com ou através de adulto plenamente capaz, mas tão somente a sua posição ativa ou passiva em tal prática delitiva, mantendo-se, portanto, o aumento da reprimenda em um sexto, perfazendo a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias

multa.

Defesa requereu o reconhecimento da minorante prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006. Ressalte-se que, embora o acusado tenha afirmado que aceitou a proposta do traficante para comercializar drogas, disse que praticava a comercialização somente a uma semana. Contudo, é incontroverso que já o fazia a mais tempo, haja vista, os depoimentos dos policiais militares, que afirmaram que o réu já era bem conhecido dos meios policiais, comprovando-se a dedicação às atividades criminosas. Frise-se que artigo em comento trata da figura do traficante “privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, na qual se estabelece a redução de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, requisitos estes cumulativos. Nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Destarte, resta fixada a reprimenda em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo, para o delito de tráfico de drogas. Para o delito previsto no artigo 307 do Código Penal, ausentes causas de aumento ou de diminuição, resta definitiva a pena de 03 (três) meses de detenção e, diante do concurso material de delitos, nos termos do artigo 69, caput do Código Penal, a reprimenda totaliza 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 03 (três) meses de detenção, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias- multa, no mínimo legal permitido. Não é caso de substituição da pena corporal pela pena restritiva de direitos e de fixação de regime diverso do fechado para o delito de tráfico de drogas, uma vez que referida substituição e a fixação de regime menos gravoso, além de incompatíveis com a gravidade do delito, seriam insuficientes para a reprovação e prevenção dos crimes. Ademais, a pena imposta é superior a quatro anos de reclusão, sendo incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando no caso dos autos. Porém, para o delito disposto no art. 307 do Código Penal, apenado com detenção, deve ser alterado o regime prisional. Ressalte-se que foi fixado o regime inicial fechado, contudo, nos termos do artigo 33, caput, segunda parte, do Código Penal, inexistindo para esse delito qualquer circunstância judicial desfavorável e, em sendo a pena de detenção, viável a fixação do regime inicial aberto, não sendo possível a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos em razão de ser medida socialmente não recomendada, face a sua prática para impedir a sua prisão pelo crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 44, inciso III do Código Penal. Impossível, por outro lado, a redução da multa requerida pelo réu, tendo em vista que o dispositivo legal prevê a sua imposição cumulativamente à pena privativa de liberdade e, no caso dos autos, a dosimetria seguiu o mesmo patamar aplicado à reprimenda corporal, inexistindo qualquer irregularidade.

O paciente em seu interrogatório disse que portava apenas 150 eppendorfs de cocaína para fins de tráfico, de modo que, seja em consideração a esta circunstância, seja em acolhimento da presença das outras substâncias com suas respectivas quantidades apontadas (**74,85 gramas de maconha, 10,5 gramas de crack e 390,92 gramas de cocaína**), não há óbice algum para inviabilizar a incidência da causa de diminuição de pena do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, senão vejamos, de acordo com a deliberação desta Colenda Quinta Turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. INDEVIDA PRESUNÇÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual. 2. A utilização simultânea da natureza e da quantidade da droga apreendida para majorar a pena-base e afastar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 caracteriza indevido bis in idem. 3. Configura constrangimento ilegal o afastamento do tráfico privilegiado por presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas derivada unicamente da análise da natureza ou da quantidade de drogas apreendidas. 4. Agravo regimental provido. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (STJ - AgRg no HC: 722581 SP 2022/0036307-5, Data de Julgamento: 24/05/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: D Je 22/06/2022)

Em linhas gerais, é pacífico o entendimento nesta Corte Cidadã no sentido de que a quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para a não aplicação da minorante, consoante a deliberação por meio do Tema Repetitivo 1154:

Isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

Com efeito e agora no que diz respeito ao apontado “conhecimento nos meios policiais”, destaca-se que tanto este Colendo STJ quanto o Excelso STF depreendem ser manifestamente insuficiente a utilização deste vetor, porquanto assim tenha externado o E. Ministro Edson Fachin quando do julgamento do RHC 193.113:

No caso, o Tribunal local considerou que o paciente se dedica a atividades criminosas em razão das circunstâncias delitivas (apreensão de 59,5g de cocaína e 256g de maconha e de apetrechos), do fato de que “era conhecido do meio policial em razão das denúncias

de que comercializava entorpecentes”, bem como da ausência de comprovação de labor lícito. Todavia a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que “para legitimar a não aplicação do redutor é essencial fundamentação corroborada em elementos capazes de afastar um dos requisitos legais, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da pena e de fundamentação das decisões judiciais.” (HC 178.018, Relator Gilmar Mendes, D Je 27.11.2019). No que tange às circunstâncias do flagrante, cumpre ressaltar que “[a] quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa.” (HC 152.001 AgR, Relator Ricardo Lewandowski, Redator p/ acórdão Gilmar Mendes, Segunda Turma, D Je 28.11.2019). De fato, as circunstâncias apontadas comprovam a prática da traficância, mas não levam à automática conclusão de que o paciente se dedica à prática delitiva ou integra organização criminosa. Observo que o argumento remanescente, relacionado ao fato de o paciente ser conhecido do meio policial, tampouco é suficiente para afastar a causa de diminuição de pena.

Sendo assim, na medida em que os argumentos aduzidos pelo acórdão não são idôneos para negar a aplicação da causa de diminuição de pena, aplico o redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e, não existindo razões de destaque, faço em seu patamar máximo de 2/3.

Passo a redimensionar a pena.

Tem-se que a pena-base do crime de tráfico de drogas ficou estabelecida em 5 anos (e-STJ fls. 49).

Na segunda fase, 5 anos e 10 meses.

Na terceira etapa, pelo acima exposto, verificadas as condições para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no patamar de 2/3, torno definitivo o quantum de 01 ano, 11 meses e 10 dias.

Não observando circunstâncias dignas de nota além daquelas já consideradas na dosimetria da pena, estabeleço o regime aberto como inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §2º a do CP.

Atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da execução penal.

Ante o exposto, concedo a ordem de habeas corpus para aplicar a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e redimensionar a pena do Paciente para 01 ano, 11 meses e 10 dias, o regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos.

Comunique-se, "**com urgência**", o teor desta decisão ao Tribunal de origem e ao respectivo juízo de primeiro grau.

O/A paciente deverá ser imediatamente posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Expeça-se, com urgência, o respectivo alvará de soltura, bem como as

demais comunicações pertinentes ao Tribunal de origem e ao Juízo a quo.

Após, ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora