



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 843757 - SP (2023/0275153-9)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : RAMON SALUSTIANO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : LEANDRO LOURENÇO DE CAMARGO - SP213736
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. NULIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS SUSPEITAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. RECORRENTE REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de Ramon Salustiano da Silva, condenado a 6 anos de reclusão por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), com pedido de nulidade das provas por ingresso irregular em domicílio e reconhecimento de tráfico privilegiado. A apelação foi desprovida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se o *habeas corpus* pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio e se há flagrante ilegalidade nas provas obtidas e na negativa do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O *habeas corpus* não pode substituir recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. A busca pessoal e domiciliar foi justificada por fundadas suspeitas, conforme jurisprudência do STF e STJ.

5. A reincidência impede o reconhecimento do tráfico privilegiado, conforme jurisprudência pacífica do STJ.

IV. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 21 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 843757 - SP (2023/0275153-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : RAMON SALUSTIANO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : LEANDRO LOURENÇO DE CAMARGO - SP213736
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. NULIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS SUSPEITAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. RECORRENTE REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de Ramon Salustiano da Silva, condenado a 6 anos de reclusão por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), com pedido de nulidade das provas por ingresso irregular em domicílio e reconhecimento de tráfico privilegiado. A apelação foi desprovida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se o *habeas corpus* pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio e se há flagrante ilegalidade nas provas obtidas e na negativa do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O *habeas corpus* não pode substituir recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.
4. A busca pessoal e domiciliar foi justificada por fundadas suspeitas, conforme jurisprudência do STF e STJ.
5. A reincidência impede o reconhecimento do tráfico privilegiado, conforme jurisprudência pacífica do STJ.

IV. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos (e-STJ, fls. 530-531).

O agravante requer a reconsideração da decisão ou o provimento de seu recurso pelo colegiado.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido.

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 530-544):

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 367 (e-STJ):

"Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de RAMON SALUSTIANO DA SILVA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 1501672-49.2022.8.26.0599).

O paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 600 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

A apelação interposta pela defesa foi desprovida pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 345-360).

A defesa alega: a) nulidade das provas produzidas em razão do ingresso irregular e sem justa causa dos policiais no domicílio do réu; b) ausência de provas quanto à propriedade da droga e da arma apreendida; c) "o paciente afirmou que não franqueou a entrada dos policiais, que quando viu eles já estavam lá dentro, ou seja, não havia qualquer movimentação estranha na residência" (e-STJ fl. 9); d) "aplicação da causa especial de diminuição da pena referente ao tráfico privilegiado é de rigor, vez que não há nos autos qualquer prova ou indício de que se dedique a atividade criminosa ou integre alguma organização criminosa" (e-STJ fl. 16); e e) "a reincidência, por si só, não pode servir de óbice ao reconhecimento da referida causa de diminuição de pena, sob pena de violação dos princípios da proporcionalidade e da vedação ao bis in idem" (e-STJ fl. 16).

Requer, liminar e definitivamente, deferimento da ordem para absolver o paciente, ou reconhecer o tráfico privilegiado, com redimensionamento da pena.

É o relatório."

A liminar foi indeferida pelo Min. João Batista (Desembargador Convocado do TR1) (e-STJ fls. 367-369).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 464-505.

Houve pedido de reconsideração do pedido liminar, denegado pelo Min. João Batista (Desembargador Convocado do TRF1) às fls. 459-460.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem (e-STJ fls. 511-517).

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

juízo.

Passo a análise de ofício.

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, o que não vislumbro no caso em julgamento.

Da Busca Domiciliar e Pessoal

Busca a defesa a declaração de nulidade ao argumento de irregularidades na atuação policial na busca pessoal e domiciliar realizada.

Acerca da busca e apreensão sem mandado judicial, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 sob a sistemática da repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.616/RO, decidiu que a validade da medida depende da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões que indiquem a situação flagrancial.

Restou definido que o ingresso no domicílio de alguém, para ser válido e regular, depende da existência de fundadas razões que amparem a mitigação do direito fundamental em questão. Somente nos casos em que o contexto fático anterior à invasão domiciliar permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível levar adiante a medida extrema.

Eis a ementa do julgado:

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, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05-11-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a matéria foi debatida e aclarada no julgamento do HC n. 608.405/PE, da Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 14/04/2021:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. COMPROVAÇÃO DA VOLUNTARIEDADE. ÔNUS ESTATAL. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ANULAÇÃO DA DEMANDA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição da República, consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, 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”. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese 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” (RE n. 603.616/RO, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, DJe 2/3/2021), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que, do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência

do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio- vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. 4. O contexto fático delineado nos autos não serviu de suporte para justificar a ocorrência de uma situação de flagrante que autorizasse a violação de domicílio. Em outros termos, as circunstâncias que antecederam o ingresso dos policiais na residência do réu não evidenciaram, quantum satis e de modo objetivo, as fundadas razões que justificassem a entrada na sua morada, de maneira que a simples avaliação subjetiva dos agentes estatais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso no domicílio. 5. As regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos servidores castrenses de que o paciente ou os pedreiros, que trabalhavam no local, ou o locatário do sítio (este, inclusive, declarou a propriedade de todo o material lá encontrado) teriam autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do acusado, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor do réu. 6. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a captura de crack, após invasão desautorizada da residência do paciente –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre o ingresso no domicílio (permeado de ilicitude) e a apreensão das substâncias entorpecentes. 7. Justifica-se a anulação da demanda judicial, se são ilegais os elementos de convicção colhidos por meio da entrada ilícita no domicílio do réu, se eles deram suporte à peça acusatória ofertada e contaminaram todas as evidências daí decorrentes. A falta de plausibilidade jurídica para a diligência afeta a própria instauração da persecução criminal, assim como todas as provas que dela se sucederam. 8. Ordem concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas pelo ingresso no domicílio do paciente, sem o seu consentimento válido, e as que dela decorreram e, em consequência, anular, ab initio, a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que apoiada em dados supervenientes, obtidos com atenção aos limites definidos no art. 5º, XI, da Constituição da República, e com estrita observância aos ditames previstos no art. 41 do Código de Processo Penal.

Assim, o entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que 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. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. BUSCA DOMICILIAR. APREENSÃO DE 4 TIJOLOS DE MACONHA E OUTRAS 2 PORÇÕES DA REFERIDA DROGA. SUSCITADA ILEGALIDADE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TESE AFASTADA. INFORMAÇÃO

PORMENORIZADA ACERCA DA PRÁTICA DELITIVA. PORTÃO DO DOMICÍLIO ABERTO. ODORE DE ENTORPECENTE IDENTIFICADO POR CÃO FAREJADOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O ingresso em domicílio alheio, para se revestir de legalidade, deve ser precedido da constatação de fundadas razões que forneçam razoável certeza da ocorrência de crime no interior da residência.

Em outras palavras, somente quando o contexto fático anterior à invasão fornecer elementos que permitam aos agentes de segurança ter certeza para além da dúvida razoável a respeito da prática delitiva no interior do imóvel é que se mostra viável o sacrifício do direito constitucional de inviolabilidade de domicílio.

2. No caso, verifica-se a existência de justa causa para a entrada no domicílio. Com efeito, a ação policial se deu mediante informações pormenorizadas acerca da prática delitiva no local, com indicação precisa do endereço em que era praticado o tráfico. Os policiais para lá se dirigiram e encontraram o portão aberto, constando que o cão farejador identificou o odor de entorpecentes.

Portanto, a entrada dos policiais não foi arbitrária, mas decorreu de coleta progressiva de elementos que levaram, de forma válida, à conclusão segura de ocorrência de crime permanente no local, justificando a incursão.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 876.277/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 11/4/2024.)

Consta da denúncia a seguinte narrativa fática (e-STJ fls. 115-116):

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 04 de novembro de 2022, por volta das 11h24min, na Rua das Seringueiras, nº 241, bairro Mario Dedini, nesta cidade e comarca de Piracicaba, RAMON SALUSTIANO DA SILVA, qualificado às fls. 14/15 e 21, trazia consigo, para inequívocos fins de comercialização a terceiros, 52 (cinquenta e duas) porções de maconha, pesando aproximadamente 179,8g (cento e setenta e nove gramas e oito decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (conforme auto de exibição e apreensão de fls. 05/06, fotografia de fls. 07, laudo de constatação de fls. 11/13 e laudo químico-toxicológico definitivo de fls. 88/90).

Consta, outrossim, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima descritas, RAMON SALUSTIANO DA SILVA, qualificado às fls. 05/06 e 07, portava um revólver, marca "Doberman", calibre 32, número 04672G, municiado com um cartucho íntegro deste mesmo calibre, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo se apurou, policiais militares estavam em regular patrulhamento pelo local dos fatos, quando avistaram o denunciado com uma bicicleta, o qual, ao visualizar a viatura, demonstrou nervosismo e tentou empreender fuga aumentando a velocidade.

Em razão disso, os milicianos foram no encalço de RAMON, procederam à abordagem e apreenderam em sua posse 52 porções de maconha, a quantia de R\$ 80,00 em espécie, um

aparelho celular e o revólver retro descrito.

Indagado, o denunciado confessou a prática delitiva, afirmando que era o responsável por abastecer os pontos de tráfico e que a arma de fogo era para sua proteção.

Em seguida, os policiais se deslocaram até a residência da namorada de RAMON, situada na Rua das Cerejeiras, nº 81, onde ele estava residindo, e localizaram no quarto dele mais R\$ 200,00 em espécie, provenientes da mercancia ilícita.

endo em vista as circunstâncias da apreensão, a quantidade de droga apreendida, a forma que estava embalada (em pequenas porções individuais prontas para a venda), a tentativa de se esquivar da abordagem policial, a confissão informal do denunciado, bem como a quantia em dinheiro apreendida, é possível afirmar que as drogas se destinavam ao tráfico."

Acerca da aventada nulidade, assim se manifestou a sentença a quo (e- STJ fls. 242-244)

"O E. Supremo Tribunal Federal, a fim de coibir excessos e arbitrariedade, assentou entendimento segundo o qual o ingresso em residência, sem autorização do morador e sem ordem judicial, para ser lícito, demanda quadro de fundada suspeita de situação de flagrante delito. Logo, os policiais somente podem adentrar em residência se tiverem dados concretos indicativos da ocorrência de um crime, impondo-se controle jurisdicional posterior da diligência para se definir se a ação policial era justificada ou não.

(...)

Esse mesmo entendimento pode ser aplicado à busca pessoal, face ao que dispõe o art. 240, § 2º, do CPP. No caso em tela, os policiais informaram que avistaram o réu transitaram de bicicleta, tendo ele alterado sua direção e acelerado, possivelmente para evitar eventual abordagem, tendo um deles informado ainda que ele parecia tentar ocultar um volume em sua cintura. A abordagem do acusado e o consequente ingresso dos policiais no imóvel não constituiu ação arbitrária. Havia justa causa para a ação, sendo lícitas as provas daí decorrentes.

Exigir elementos mais robustos para a fundada suspeita implicaria em cercear completamente a ação das polícias, em prejuízo à garantia da ordem pública.

Ademais, ouvido em juízo, o réu afirmou que falou para os policiais que eles poderiam ir até sua casa, porque nada de ilícito havia no local, e indicou onde ficava."

Tribunal de origem entendeu que não houve ilegalidade nas buscas, assim fundamentando (e-STJ fl. 347-):

"A defesa pretexta nulidade da prova produzida, por ausência de mandado de busca e apreensão à residência da namorada do acusado, a caracterizar violação a seu domicílio, tornando ilícitas — e, portanto, nulas — as provas daí decorrentes.

Sem qualquer mínima razão, "data venha".

Isto porque, ao contrário do alegado nas razões de apelação ("Os Policiais Militares, sem mandado de busca e apreensão encontraram em sua residência as drogas e arma, sem qualquer permissão do ora apelante para adentrarem em seu Lar.", f 249), a prisão em flagrante do acusado, na posse de entorpecentes, foi efetuada pela Polícia Militar em plena via pública.

O que houve, de fato, foi a posterior diligência dos milicianos até o imóvel em que o acusado residia, onde, depois de franqueado o seu ingresso pela moradora do endereço, apreenderam a quantia de R\$ 200,00, em dinheiro, que não guardava relação alguma com o delito, tanto assim que o valor foi liberado pela origem (f. 230).

Vale destacar que um dos moradores do imóvel acompanhou as buscas policiais (Gabriel, f 214).

Ou seja. O flagrante foi plenamente válido e tinha mesmo de ser realizado.

Tudo, enfim, em diligências absolutamente dentro da legalidade.

Afasta-se, pois e evidentemente, a preliminar."

O que se ver no presente caso, que a droga encontrada foi a partir da busca pessoal do paciente, e a partir disso que se deu a sua condenação, nada tem relação com a busca domiciliar, visto que nada de ilícito foi encontrado no imóvel e mais a quantia de R\$200,00 foi devolvido.

Com essa informação, e conforme previsto no art. 244 do Código de Processo Penal, a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, quanto à realização de busca pessoal, faz-se necessária a presença de fundada suspeita para que esteja autorizada a medida invasiva.

É tema de profundos debates a definição acerca do que configure a "fundada suspeita". Sobre a matéria, esta Corte, nos últimos anos, tem revigorado a força normativa do art. 244 do Código de Processo Penal, estabelecendo um diálogo entre o dispositivo e as garantias constitucionais dos acusados/investigados.

No julgamento do RHC 158.580/BA, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, foram forjados alguns critérios para balizar a legalidade da medida extrema, conforme listado abaixo:

1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à "posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do

policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.

3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de "fundada suspeita" exigido pelo art. 244 do CPP.

4. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento "fundada suspeita de posse de corpo de delito" seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.

5. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

6. Há três razões principais para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos para a realização de busca pessoal - vulgarmente conhecida como "dura", "geral", "revista", "enquadro" ou "baculejo" -, além da intuição baseada no tirocínio policial:

a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora - mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre -, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes;

b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis;

c) evitar a repetição - ainda que nem sempre consciente - de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural.

(RHC 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022).

Firmou-se a orientação no sentido de que a busca pessoal exige a verificação de indícios objetivos, caracterizadores da fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos que

constituam corpo de delito, evidenciados, por exemplo, nas seguintes situações: a) em atitude suspeita, "portando tornozeleira eletrônica" (AgRg no HC 769.891/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 10/3/2023); b) "em rua pouco iluminada, com uma sacola de papel nas mãos, constantemente olhando para os lados" (AgRg no HC 784.256/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023); c) indicada por múltiplas denúncias anônimas como traficante de drogas, quando localizada nas "proximidades da residência sobre a qual havia denúncias anteriores sobre a realização de mercancia ilícita" (AgRg no HC 792.411/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2023, DJe de 3/5/2023); e d) o ato de dispensar uma sacola na rua ao notar a aproximação da guarnição, somado ao nervosismo demonstrado e à denúncia anônima pretérita de que o acusado estava praticando o crime de tráfico de drogas no local" (HC 742.815/GO, relator Ministro Rogerio Schiet ti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 31/8/2022).

Recentemente, no julgamento do HC n. 877.943, a Terceira Seção desta Corte definiu os contornos que permeiam a busca pessoal e reiterou o entendimento vigente de que a lei exige a presença de fundadas suspeitas acerca da posse de objeto que constitua corpo de delito e que deve haver uma suspeição razoavelmente amparada em situação concreta e objetiva que se diferencie da mera suspeita intuitiva.

Nesse sentido, como consta do acórdão recorrido, os policiais estavam em patrulhamento de rotina no local dos fatos, quando avistaram o paciente em uma bicicleta, o qual ao avista a viatura demonstrou nervosismo e tentou empreender fuga aumentando a velocidade e quando houve a abordagem encontraram a quantia de 52 porções de maconha com aproximadamente 179,8g, a quantia de R\$80,00 em espécie, um aparelho celular e um revólver, após isso os policiais se deslocaram na residência da namorada do paciente onde localizaram a quantia de R\$200,00 e nada de ilícito.

Assim, restou demonstrado o elemento "fundadas suspeitas" apto a justificar e autorizar a busca pessoal e posterior busca domiciliar, inexistindo qualquer ilegalidade abordagem realizada pelos policiais.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PACIENTE QUE TERIA ESCONDIDO ALGO NA BOCA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. APREENSÃO DE 8G DE MACONHA. JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. NULIDADE ABSOLUTA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A permissão para a revista pessoal em caso de fundada suspeita decorre de desconfiança devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. É necessário, pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo. Precedentes.

2. Na espécie, a busca pessoal ocorreu em razão dos policiais terem percebido que o paciente escondera algo na boca, que posteriormente descobriu ser uma trouxinha de maconha.

Inexistindo qualquer referência à previa investigação, monitoramento ou campanhas no local, de maneira que não demonstrado o elemento "fundadas suspeitas" a autorizar a busca pessoal e posterior busca domiciliar, deve ser reconhecida a nulidade da abordagem.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 843.525/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 20/12/2023.)

Da causa de diminuição de pena do §4º

A respeito da reincidência como fundamento para negar o tráfico privilegiado, a jurisprudência deste col. STJ é pacífica no sentido de que é elemento suficiente para negar a aplicação do mencionado redutor, não sendo necessária a reincidência específica ou em crime hediondo ou equiparado.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, 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 integrem organização criminosa.

2. A incidência da minorante do tráfico privilegiado foi indeferida não apenas em razão da quantidade de drogas, mas por ostentar o apenado maus antecedentes.

3. O entendimento adotado corrobora a orientação jurisprudencial desta Corte de que, "Constatada pela instância ordinária a existência de maus antecedentes e/ou de reincidência, afasta-se a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa (AgRg no HC n. 826.802/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 15/12/2023).

4. A quantidade de droga apreendida (11,450 kg de maconha) constitui fundamentação idônea para a exasperação do regime prisional.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.511.805/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/2/2024, DJe de 1/3/2024 - grifos acrescidos.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RELATIVIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA.

1. A reincidência, ainda que não específica, é fator impeditivo ao reconhecimento do tráfico privilegiado, por expressa previsão legal.

2. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 802.549/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023 - grifos acrescidos.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO INEXISTENTE. REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA. ADMISSÃO APENAS EM CASOS DE ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DIREITO SUBJETIVO À UTILIZAÇÃO DE FRAÇÕES ESPECÍFICAS. INEXISTÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6 DIANTE DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. DESPROPORCIONALIDADE INEXISTENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. PREPONDERÂNCIA SOBRE O ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. FRAÇÃO DE 1/5. DESPROPORCIONALIDADE INEXISTENTE. SÚMULA N. 83/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONHECIDA. REDUTORA. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA GENÉRICA E MAUS ANTECEDENTES. REVISÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E PLEITO DE LIMINAR PARA CONCESSÃO DE LIBERDADE NOS AUTOS DESTES AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Corte estadual não foi omissa e bem fundamentou o indeferimento dos pleitos defensivos, adotando entendimentos já consolidados no que diz respeito à pena-base e ao privilégio do delito de tráfico, ainda que de forma contrária a pretendida.

2. O refazimento da dosimetria da pena neste Superior Tribunal de Justiça tem caráter excepcional, somente admitido sob a existência de manifesta ilegalidade, hipótese não configurada nestes autos, sob pena de incidência da Súmula n. 7/STJ.

3. Destaca-se o fato de o réu não ter direito subjetivo à utilização de frações específicas para cada circunstância judicial negativa (1/8 do intervalo ou 1/6 da pena), não sendo tais parâmetros obrigatórios, porque o que se exige das instâncias ordinárias é a fundamentação adequada e a proporcionalidade na exasperação da pena.

3.1. No caso, ao exasperar a reprimenda inaugural em razão dos antecedentes, o togado majorou a pena em 1/6, fração que não se apresenta absurda segundo os parâmetros da jurisprudência.

4. O art. 42 da Lei n. 11.343/06 preconiza que a natureza e a quantidade do entorpecente tem preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, razão porque o acréscimo de 1/5 na pena não se revela desproporcional.

5. A incidência das Súmulas ns. 83/STJ e 7/STJ afastam a possibilidade de conhecimento da divergência jurisprudencial.

6. Quanto à aplicação da redutora de pena do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, a presença de reincidência, ainda que genérica, afasta a possibilidade. Não se olvide que o recorrente também possui antecedentes criminais, o que

também inviabiliza o privilégio.

7. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, por meio de pedido de liminar nos autos do agravo em recurso especial, efetivar a revisão da custódia preventiva, na forma do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.249.221/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 26/5/2023 - grifos acrescidos.)

Extrai-se dos autos que o redutor relativo ao tráfico privilegiado foi negado diante da reincidência do paciente, não havendo qualquer ilegalidade no fundamento utilizado a ser reparada.

Verifica-se, portanto, que a fundamentação do acórdão está em consonância com a jurisprudência dessa Corte Superior, não se observando qualquer constrangimento ilegal a ser sanado de ofício.

Ante o exposto, não conheço a ordem de habeas corpus.

Reforço que a decisão monocrática agravada está de acordo com a jurisprudência da 5ª Turma desta Corte. 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).

Por fim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 843.757 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0275153-9

Número de Origem:

15016724920228260599 2022001452 22849782320228260000 23023882022

Sessão Virtual de 10/10/2024 a 16/10/2024

Relator do AgRg

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEANDRO LOURENCO DE CAMARGO
ADVOGADO : LEANDRO LOURENÇO DE CAMARGO - SP213736
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAMON SALUSTIANO DA SILVA (PRESO)
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 : RAMON SALUSTIANO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : LEANDRO LOURENÇO DE CAMARGO - SP213736
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

"A QUINTA TURMA, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 16 de outubro de 2024