



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2104847 - SP (2023/0389023-9)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**AGRAVANTE : MARCOS TADEU ZAMPIN FILHO**  
**ADVOGADOS : WILLEY LOPES SUCASAS - SP148022**  
**HEITOR ALVES - SP206101**  
**ANDRE CAMARGO TOZADORI - SP209459**  
**DAYLA AIMÉE RUSSAFA SARTI - SP428481**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### **EMENTA**

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SÚMULA 7 DO STJ. ADEMAIS, FUNDADAS RAZÕES. LAVRATURA DE AUTO CIRCUNSTANCIADO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PEDIDO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA QUÍMICO-TOXICOLÓGICA MOTIVADAMENTE INDEFERIDO. SÚMULA 7 DO STJ. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL. DOSIMETRIA PENAL. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA. POSSIBILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme precedentes desta Corte Superior, "O estabelecimento comercial - em funcionamento e aberto ao público - não pode receber a proteção que a Constituição Federal - CF confere à casa. Assim, não há violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, a caracterizar constrangimento ilegal." (AgRg no HC n. 829.842/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 18/10/2023.).

2. No caso, embora a defesa afirme que o local estaria fechado ao público, o acórdão é explícito no sentido de que o estabelecimento estaria aberto, razão pela qual entender em sentido contrário envolveria reexame fático-probatório, inadmissível na presente via (Súmula 7 do STJ).

3. Ainda que assim não fosse, havia fundada suspeita do cometimento de crime relacionado ao tráfico de drogas naquele local, na medida em que, além da denúncia anônima, os policiais sentiram forte odor de entorpecentes antes de ali ingressarem. Precedentes.

4. A alegação de nulidade diante da ausência de lavratura de auto circunstanciado não foi examinada pelo Tribunal de origem, o que gera o óbice da falta de prequestionamento. Incidência do enunciado 282 da Súmula do STF.

5. Sem embargos acerca do amplo direito à produção de provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Ademais, a instauração de incidente depende da existência de dúvida plausível acerca da higidez mental do acusado, a ser avaliada pelo Juízo processante.

6. No caso, a perícia pleiteada foi motivadamente indeferida, porquanto não se reputou haver suficiente comprovação de comprometimento da higidez mental do recorrente. Dessa forma, para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida, a fim de contrariar a premissa firmada pelas instâncias ordinárias sobre a ausência de dúvida razoável da dependência toxicológica do acusado, seria necessária uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência inviável em recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

7. Para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela desclassificação do crime de tráfico de drogas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela já mencionada Súmula 7/STJ.

8. Quanto à dosimetria penal, ausente distinção legal ao tipo de crime praticado ou à natureza da pena aplicada, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a condenação irrecorrível por crime anteriormente perpetrado caracteriza a agravante de reincidência independentemente da sanção imposta, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa, dado que a *mens legis* tem como objetivo o apenamento mais severo daqueles tendentes à reiterada prática delitiva. Precedente.

9. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter 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.

10. *In casu*, tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência do preenchimento dos requisitos legais. Precedentes desta Corte.

11. Agravo regimental não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 04 de março de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas  
Relator



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2104847 - SP (2023/0389023-9)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**AGRAVANTE : MARCOS TADEU ZAMPIN FILHO**  
**ADVOGADOS : WILLEY LOPES SUCASAS - SP148022**  
**HEITOR ALVES - SP206101**  
**ANDRE CAMARGO TOZADORI - SP209459**  
**DAYLA AIMÉE RUSSAFA SARTI - SP428481**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### **EMENTA**

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SÚMULA 7 DO STJ. ADEMAIS, FUNDADAS RAZÕES. LAVRATURA DE AUTO CIRCUNSTANCIADO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PEDIDO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA QUÍMICO-TOXICOLÓGICA MOTIVADAMENTE INDEFERIDO. SÚMULA 7 DO STJ. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL. DOSIMETRIA PENAL. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA. POSSIBILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme precedentes desta Corte Superior, "O estabelecimento comercial - em funcionamento e aberto ao público - não pode receber a proteção que a Constituição Federal - CF confere à casa. Assim, não há violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, a caracterizar constrangimento ilegal." (AgRg no HC n. 829.842/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 18/10/2023.).

2. No caso, embora a defesa afirme que o local estaria fechado ao público, o acórdão é explícito no sentido de que o estabelecimento estaria aberto, razão pela qual entender em sentido contrário envolveria reexame fático-probatório, inadmissível na presente via (Súmula 7 do STJ).

3. Ainda que assim não fosse, havia fundada suspeita do cometimento de crime relacionado ao tráfico de drogas naquele local, na medida em que, além da denúncia anônima, os policiais sentiram forte odor de entorpecentes antes de ali ingressarem. Precedentes.

4. A alegação de nulidade diante da ausência de lavratura de auto circunstanciado não foi examinada pelo Tribunal de origem, o que gera o óbice da falta de prequestionamento. Incidência do enunciado 282 da Súmula do STF.

5. Sem embargos acerca do amplo direito à produção de provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Ademais, a instauração de incidente depende da existência de dúvida plausível acerca da higidez mental do acusado, a ser avaliada pelo Juízo processante.

6. No caso, a perícia pleiteada foi motivadamente indeferida, porquanto não se reputou haver suficiente comprovação de comprometimento da higidez mental do recorrente. Dessa forma, para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida, a fim de contrariar a premissa firmada pelas instâncias ordinárias sobre a ausência de dúvida razoável da dependência toxicológica do acusado, seria necessária uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência inviável em recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

7. Para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela desclassificação do crime de tráfico de drogas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela já mencionada Súmula 7/STJ.

8. Quanto à dosimetria penal, ausente distinção legal ao tipo de crime praticado ou à natureza da pena aplicada, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a condenação irrecorrível por crime anteriormente perpetrado caracteriza a agravante de reincidência independentemente da sanção imposta, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa, dado que a *mens legis* tem como objetivo o apenamento mais severo daqueles tendentes à reiterada prática delitiva. Precedente.

9. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter 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.

10. *In casu*, tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência do preenchimento dos requisitos legais. Precedentes desta Corte.

11. Agravo regimental não provido.

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **MARCOS TADEU ZAMPIN FILHO** (e-STJ, fls. 491-509) contra decisão monocrática de minha relatoria que conheceu em parte do recurso especial e, nesta extensão, negou-lhe provimento (e-STJ, fls. 472-486).

O agravante reitera a alegação de nulidade da busca e apreensão efetivada em seu estabelecimento comercial, ao argumento de que não havia ordem judicial para o ingresso dos policiais no local e este não estaria aberto ao público, não sendo a hipótese, no seu entender, de reexame fático-probatório dos autos.

Afirma, ainda, que não teria sido lavrado o respectivo termo circunstanciado, tese que não poderia ser afastada ao fundamento de supressão de instância, ressaltando que "a fundamentação ora exposta foi de que Marcos encontrava-se em situação de flagrante delito, e, por esta razão, o negócio não gozava da inviolabilidade constitucionalmente conferida, dispensando a assinatura do termo" (e-STJ, fl. 498).

Aduz cerceamento de defesa diante do indeferimento do pedido de exame de dependência químico-toxicológica, por se tratar apenas de usuário de drogas.

Subsidiariamente, defende a necessidade de desclassificação do delito de tráfico de drogas para a conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006; o afastamento da reincidência, ao argumento de que a condenação anterior, pelo art. 331 do CP, lhe impôs apenas pena de multa, razão pela qual não seria proporcional considerá-la como agravante e, ainda, como óbice ao reconhecimento do tráfico privilegiado.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao crivo do órgão colegiado.

**É o relatório.**

## VOTO

A decisão agravada deve ser mantida, pois a parte agravante não trouxe argumentos suficientes para sua alteração.

Conforme consignado anteriormente, quanto à primeira tese defensiva, assim constou do acórdão recorrido (e-STJ, fls. 337-339, grifou-se):

"Em síntese, **os policiais militares foram informados acerca da prática do tráfico de drogas no estabelecimento comercial** do acusado Marcos Tadeu, mais precisamente, de que estaria vendendo maconha em seu interior. Diante disso, rumaram para o local delatado e **se depararam com um forte odor de maconha** e com o acusado defronte do imóvel, o qual permitiu o ingresso policial, onde foram encontrados entorpecentes, além de outros objetos comumente utilizados na traficância. Os agentes públicos, conforme se verá adiante, **declararam que a tabacaria do réu estava aberta ao público (e em funcionamento)**. Pois bem, dado este contexto, inexistente vício na atuação dos policiais, os quais foram autorizados pelo próprio acusado a ingressar no estabelecimento comercial, que estava aberto ao público. Neste passo, os dados trazidos pela defesa (com a pretensão de demonstrar que o imóvel estava em reforma e, portanto, não aberto ao público) não se prestam a dobrar a assertiva dos agentes públicos, que merecem credibilidade as fotografias apresentadas (sem maiores dados que permitam identificar, com precisão, o local e o momento em que foram tiradas) não se prestam a tanto.

[...]

Não bastasse isso, as notícias da prática do crime de tráfico de droga, somada ao odor notado pelos policiais, formavam um cenário de fundada suspeita da prática do delito (que tem natureza permanente), de sorte que a autorização do acusado era até mesmo dispensável - situação de flagrante delito, a teor da regra prevista no artigo 5º, XI, da Constituição Federal."

Sobre o tema, cumpre destacar o entendimento manifestado por ocasião do julgamento do HC 598.051/SP, que vem sendo seguido por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal 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".

1.1 A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige.

1.2. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais. Célebre, a propósito, a exortação de Conde Chatham, ao dizer que: "O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser

frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!" ("The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail, its roof may shake, the wind may blow through it, the storm may enter, the rain may enter, but the King of England cannot enter!" William Pitt, Earl of Chatham. Speech, March 1763, in Lord Brougham Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III First Series (1845) v. 1).

2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata - é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação - e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio - justificam o retardo da cessação da prática delitiva.

2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação - amiúde irreversível - de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

3. 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, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de

convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

5.1. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc.

5.2. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos - diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local.

5.3. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial - meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada - legitimar a entrada em residência ou local de abrigo.

6. Já no que toca ao consentimento do morador para o ingresso em sua residência - uma das hipóteses autorizadas pela Constituição da República para o afastamento da inviolabilidade do domicílio - outros países trilharam caminho judicial mais assertivo, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio.

6.1. Nos Estados Unidos, por exemplo, a par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, não pode haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (*in dubio libertas*). O consentimento "deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção ('consent, to be valid, 'must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion'). (United States v McCaleb, 552 F.2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando Simmons v Bomar, 349 F.2d 365, 366 (6th Cir 1965). Além disso, ao Estado cabe o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado, isento de qualquer forma, direta ou indireta, de coação, o que é aferível pelo teste da totalidade das circunstâncias (*totality of circumstances*).

6.2. No direito espanhol, por sua vez, o Tribunal Supremo destaca, entre outros, os seguintes requisitos para o consentimento do morador: a) deve ser prestado por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos; b) deve ser consciente e livre; c) deve ser documentado; d) deve ser expresso, não servindo o silêncio como consentimento tácito.

6.3. Outrossim, a documentação comprobatória do assentimento do morador é exigida, na França, de modo expresso e mediante declaração escrita à mão do morador, conforme norma positivada no art. 76 do Código de Processo Penal; nos EUA, também é usual a necessidade de assinatura de um formulário pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio (*North Carolina v. Butler* (1979) 441 U.S. 369, 373; *People v. Ramirez* (1997) 59 Cal.App.4th 1548, 1558; *U.S. v. Castillo* (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082), declaração que, todavia, será desconsiderada se as circunstâncias indicarem ter sido obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento (*Haley v. Ohio* (1947) 332 U.S. 596, 601; *People v. Andersen* (1980) 101 Cal.App.3d 563, 579).

6.4. Se para simplesmente algemar uma pessoa, já presa - ostentando, portanto,

alguma verossimilhança do fato delituoso que deu origem a sua detenção -, exige-se a indicação, por escrito, da justificativa para o uso de tal medida acautelatória, seria então, no tocante ao ingresso domiciliar, "necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis" (voto do Min. Ricardo Lewandowski, no RE n. 603.616/TO).

6.5. Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal - analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial - ao dispor que, "[f]inda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º".

7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias - não apenas históricas, mas atuais -, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça.

7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu no caso ora em julgamento - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.

7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral - pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro - e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.

8. Ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder, na moldura do Direito, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares.

8.1. As decisões do Poder Judiciário - mormente dos Tribunais incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição - servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e também para "enriquecer o estoque das regras jurídicas" (Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 4) e assegurar, no plano concreto, a realização dos valores, princípios e objetivos definidos na Constituição de cada país. Para tanto, não podem, em nome da maior eficiência punitiva, tolerar práticas que se divorciam do modelo civilizatório que deve orientar a construção de uma sociedade mais igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos.

8.2. Como assentado em conhecido debate na Suprema Corte dos EUA sobre a admissibilidade das provas ilícitas (Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 1914), se os tribunais permitem o uso de provas obtidas em buscas ilegais, tal procedimento representa uma afirmação judicial de manifesta negligência, se não um aberto desafio, às proibições da Constituição, direcionadas à proteção das pessoas contra esse tipo de ação não autorizada ("such proceeding would be to affirm by judicial decision a manifest neglect, if not an open defiance, of the prohibitions of the Constitution, intended for the protection of the people against such unauthorized action").

8.3. A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam a esta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social e econômico, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

**9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública.**

10. A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, consequentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.

11. Assim, 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 apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e consequente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.

13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal."

(HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021, grifou-se)

Por outro lado, conforme precedentes desta Corte Superior, "O estabelecimento comercial - em funcionamento e aberto ao público - não pode receber a proteção que a Constituição Federal - CF confere à casa. Assim, não há violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, a caracterizar constrangimento ilegal." (AgRg no HC n.

829.842/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 18/10/2023.).

Noutro giro, embora a defesa afirme que o local estaria fechado ao público, o acórdão é explícito no sentido de que o estabelecimento estaria aberto, razão pela qual entender em sentido contrário envolveria reexame fático-probatório, inadmissível na presente via, a teor do enunciado contido na Súmula 7 do STJ.

Corroborar, *mutatis mutandis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. APREENSÃO DE DROGAS NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL ABERTO AO PÚBLICO, EM FUNCIONAMENTO. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme jurisprudência do STJ, "o estabelecimento comercial - em funcionamento e aberto ao público - não pode receber a proteção que a Constituição Federal confere à casa. Assim, não há violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, a caracterizar a ocorrência de constrangimento ilegal" (AgRg nos EDcl no HC n. 704.252/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022).

2. No caso, conforme o acórdão, "malgrado a sustentativa de a empresa estar fora do seu horário de funcionamento, havia clientes em seu interior, ainda em atendimento", não verificada, assim, a apontada violação de domicílio. A revisão do acórdão, de modo a acolher a tese de que o estabelecimento não estaria aberto ao público no momento do flagrante, implicaria revolvimento fático-probatório, inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no RHC n. 176.024/RN, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 24/8/2023.)

Ainda que assim não fosse, é possível afirmar que havia fundada suspeita do cometimento de crime relacionado ao tráfico de drogas naquele local, na medida em que, além da denúncia anônima, os policiais sentiram forte odor de entorpecentes antes de ali ingressarem.

Nesse contexto, encontra-se presente a existência de elementos objetivos e seguros da ocorrência do comércio de entorpecentes naquele local, havendo portanto fundadas razões que justificaram a entrada forçada dos policiais no interior do imóvel.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, submetido à sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento 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".

2. O Ministro Rogerio Schietti Cruz, ao discorrer acerca da controvérsia objeto desta irresignação no REsp n. 1.574.681/RS, bem destacou que "a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à

ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar" (Sexta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe 30/5/2017).

3. No caso, não há flagrante ilegalidade, porquanto, após denúncias anônimas da prática de tráfico de drogas no estabelecimento comercial, houve monitoração prévia do local pelos policiais, que sentiram forte odor de maconha vindo da sala comercial, além de visualizarem grande quantidade de droga por uma fresta, que configurou a justa causa para a entrada no imóvel; estando hígidas, portanto, as provas produzidas.

4. Verifica-se a existência de situação emergencial que inviabilizaria o prévio requerimento de mandado judicial, evidenciando-se a existência de razões suficientes para mitigar a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, estando atendidas a contento as premissas jurisprudenciais estabelecidas pelos tribunais superiores quanto à questão da entrada forçada de agentes de segurança em domicílio, afastando-se a ilicitude de prova apontada pela defesa.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC n. 803.526/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUPOSTA NULIDADE DA PROVA OBTIDA EM BUSCA PESSOAL (EM VIA PÚBLICA), VEICULAR E NO INGRESSO DOMICILIAR (SEM ORDEM JUDICIAL). IMPROCEDÊNCIA. CONTEXTO FÁTICO APTO A INDICAR FUNDADA SUSPEITA SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR A BUSCA PESSOAL. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA, APTA A FUNDAR A CONVICÇÃO DOS POLICIAIS DE QUE O AGRAVANTE TRAFICAVA ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE.

1. A moldura fática delineada nas instâncias ordinária é de que a busca pessoal efetivada não decorreu exclusivamente de um mero nervosismo do corréu no momento da abordagem, como alegado na impetração, mas de todo um contexto que fundou a convicção dos policiais no sentido de fundada suspeita da prática de crime de tráfico de drogas, com especial destaque ao fato de que, com o corréu, ao ser interpelado ainda em via pública, foi apreendido com um tijolo de maconha supostamente adquirido do agravante.

**2. A Sexta Turma deste Tribunal Superior, no julgamento do HC n. 598.081/SP, assentou que o ingresso regular em domicílio alheio é possível apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência, cuja urgência em sua cessação demande ação imediata, definindo condições e procedimentos para o ingresso domiciliar sem autorização judicial, o que foi observado no caso em análise.**

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC n. 688.825/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022, grifou-se)

No que tange à afirmação de que não teria sido lavrado o respectivo termo circunstanciado, o que levaria à nulidade do ato, verifica-se que o tema não foi apreciado pela Corte local, o que impede esta Corte Superior de conhecer da tese defensiva, no ponto, por supressão de instância.

Assim, a matéria não foi ventilada no acórdão recorrido, recaindo à espécie, por analogia, a Súmula 282 do STF, a qual transcrevo: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

Sobre o tema:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. SUSTENTAÇÃO ORAL DESCABIDA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECEPÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. MAIOR GRAVIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL GRAVOSO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante art. 159, IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ, não haverá sustentação oral no julgamento de agravo, salvo expressa disposição legal em contrário. Em atenção à legislação vigente, registra-se que o art. 7º, § 2º-B, da lei n. 8.906/1994, não abarca o pleito de sustentação oral em agravo regimental na decisão monocrática que julgou o agravo em recurso especial. O referido dispositivo está em linha com o art. 937 do Código de Processo Civil de 2015 - CPC/15 que não preconiza a sustentação oral em julgamento de agravo em recurso especial. (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.383.997/GO, minha relatoria, Quinta Turma, DJe de 13/11/2023).

2. Conforme entendimento desta Corte, a receptação de veículos automotores (carros e motocicletas) se reveste de maior gravidade, com maior intensidade do dolo, o que justifica o recrudesimento da pena-base.

3. Diante do *quantum* de pena fixado, cotejado com a presença de circunstância judicial desfavorável, revela-se adequado o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §3º c/c art. 59, ambos do Código Penal - CP.

4. Quanto ao pleito de substituição da pena, **a pretensão não foi objeto de debate e discussão na instância ordinária, carecendo do adequado e indispensável prequestionamento**, motivo pelo qual incidentes, por analogia, as Súmulas ns. 282 e 356, ambas do Supremo Tribunal Federal - STF.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp n. 2.316.373/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 12/12/2023, grifou-se.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CULPABILIDADE. TESES DEFENSIVAS NÃO DEBATIDAS NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 83/STJ. INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO PRESCRITA NO ENUNCIADO N. 182/STJ. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE. DESNECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. TESE NÃO APRESENTADA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. FUNDAMENTO NÃO COMBATIDO. SÚMULA N. 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. As teses acerca da inidoneidade da negatização do vetor da culpabilidade **não foram objeto de debate específico pelo Tribunal de origem, e não houve a oportuna provocação do exame da *quaestio* por meio de embargos de declaração, sendo patente a falta de prequestionamento, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial. Destarte, no ponto, tem incidência a vedação prescrita nas Súmulas n. 282 e 356/STF.**

2. Esta Corte Superior tem jurisprudência consolidada de que a premeditação do delito é motivo apto a negatizar a culpabilidade, razão pela foi aplicada a Súmula n. 83/STJ. Não tendo este fundamento da decisão agravada sido especificamente combatido no presente regimental, é caso de incidência da Súmula n. 182/STJ.

[...]

5. Agravo regimental conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido."

(AgRg no AREsp n. 2.312.848/PB, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 30/11/2023, DJe de 5/12/2023, com destaque.)

No que diz respeito à alegação de cerceamento de defesa, diante do indeferimento do pedido de exame de dependência químico-toxicológica, o Tribunal *a quo* asseverou (e-STJ, fls. 339-341):

"5.2. Por sua vez, não houve cerceamento de defesa no indeferimento do pleito de realização de exame de dependência no acusado. Na realidade, faltam dados concretos a justificar a feitura do referido exame.

De notar que a r. decisão judicial (fls. 140), que indeferiu a realização de exame de dependência toxicológica, veio fundamentada, pontuando a inexistência de um quadro de fundada suspeita de inimizabilidade.

Sabe-se que o magistrado, autoridade que preside a relação processual, pode indeferir a prova pericial requerida pelas partes quando esta não for necessária ao esclarecimento da verdade (artigo 184, do CPP). E, desde que o faça de forma fundamentada, tal circunstância não traduz qualquer cerceamento de defesa (STF, HC nº 106.734, rel. Min. Luiz Fux; HC nº 106.734, rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC nº 108.961, rel. Min. Dias Toffoli; AI nº 794.090, rel. Min. Gilmar Mendes)."

[...]

Impende, de resto, considerar que a simples alegação do réu de que viciado em entorpecente não conduz obrigatoriamente à realização do exame de dependência toxicológica. Cuida-se de providência que reclama a existência de elementos concretos a sugerir a possibilidade de um quadro de incapacidade de querer e entender, por parte do agente, dimanado da dependência (STF, HC nº 73.305, rel. Min. Maurício Corrêa; STJ, HC nº 25.796, rel. Min. Jorge Scartezini, HC nº 16.327, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, HC nº 10.768, rel. Min. Felix Fischer).

E uma situação deste tipo não se acha delineada na espécie.

Por fim, situação que não se altera pelos documentos juntados pela defesa, atentando-se que são datados de 12.02.2023 e 13.02.2023 (fls. 325/326), sendo que o crime foi praticado em 14.01.2021."

Como se sabe, sem embargos acerca do amplo direito à produção de provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. A propósito: "Compete ao magistrado o juízo sobre a necessidade e conveniência da produção das provas requeridas, podendo indeferir, fundamentadamente, determinada prova, quando reputá-la desnecessária à formação de sua convicção, impertinente ou protelatória, cabendo ao requerente da diligência demonstrar a sua imprescindibilidade para a comprovação do fato alegado" (HC 219.365/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, DJe 21/10/2013).

Ademais, a instauração do incidente depende da existência de dúvida plausível acerca da higidez mental do acusado, a ser avaliada pelo Juízo processante.

No caso, como visto, tem-se que a perícia pleiteada foi motivadamente indeferida, porquanto não se reputou haver suficiente comprovação de comprometimento da higidez mental do recorrente.

No mesmo sentido:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DEFENSOR DATIVO. JULGAMENTO VIRTUAL. MANIFESTAÇÃO DE OPOSIÇÃO INTEMPESTIVA. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DO EXAME DE DEPENDÊNCIA QUÍMICO/TOXICOLÓGICO. ILEGALIDADE. NÃO

OCORRÊNCIA. PROVA PARA CONDENAÇÃO. AFASTAMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 1.º da Resolução n.º 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução n.º 772/2017, ambas do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a oposição ao julgamento em sessão virtual e o pleito de sustentação oral em audiência deverão ser realizados mediante petição protocolizada no prazo de cinco dias úteis, contados da publicação da distribuição dos autos, que, para este específico fim, servirá como intimação. Desse forma, consoante decidido pela instância ordinária, a manifestação defensiva de oposição ao julgamento virtual foi intempestiva, não havendo se falar em nulidade do julgamento (HC 462.087/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/10/2019, DJe 29/10/2019).

2. No presente caso, os autos foram conclusos ao gabinete do Relator em 6/9/2019 e, desde essa data até o início do julgamento virtual (em 4/5/2020), não houve qualquer manifestação da defesa, sendo protocolizada uma petição, requerendo a sustentação oral somente em 6/5/2020, na data em que o julgamento virtual foi finalizado, não podendo se falar em nulidade.

3. Não se desconhece a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a ausência de intimação pessoal do defensor dativo acerca dos atos do processo, a teor do disposto no art. 370, § 4º, do CPP, é causa de nulidade absoluta.

4. No caso dos autos, todavia, observa-se que o julgamento da apelação se deu de forma virtual, tendo sido o defensor dativo devidamente intimado da distribuição do feito, conforme determinado pela Resolução n.º 772/2017 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para eventual oposição ao referido julgamento, quedando-se inerte.

5. O art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal autoriza ao Magistrado indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, uma vez que é ele o destinatário da prova. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a necessidade de realização de laudo de dependência toxicológica deve ser demonstrada com base em elementos concretos, de modo que a simples alegação da condição de usuário não é suficiente para justificar a submissão do réu à referida perícia.

6. Na hipótese, a instauração do incidente de dependência toxicológica foi indeferida, motivadamente, em virtude de não haver nos autos quaisquer indícios de prova a demonstrar que o envolvido é dependente químico. Dessarte, não há se falar em cerceamento de defesa. Ademais, decidir pela necessidade do referido exame, modificando tal conclusão, seria necessário o aprofundado exame do conteúdo da ação penal, providência que, sabidamente, é inviável no recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

7. O Tribunal a quo, em decisão devidamente motivada, entendeu que, do caderno instrutório, emergem elementos suficientemente idôneos de prova para a condenação do acusado pelo crime de tráfico. Dessa forma, rever tais fundamentos para afastar a condenação do envolvido, pela ausência de prova concreta da autoria, como requer a parte recorrente, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula 7/STJ.

8. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp n. 1.915.434/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/4/2021, DJe de 19/4/2021.)

Dessa forma, para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida, a fim de contrariar a premissa firmada pelas instâncias ordinárias sobre a ausência de dúvida razoável da dependência toxicológica do acusado, seria necessária uma

profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência inviável em recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

Do mesmo modo, não merece prosperar o pedido de desclassificação do delito de tráfico de drogas para a conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Conforme consignado no acórdão recorrido (e-STJ, fls.345-346, grifou-se):

"Com efeito, a elevada quantidade de drogas encontrada em poder do réu forma um cenário que não se afina com a posse de drogas para uso próprio.

**As circunstâncias em que se deram a apreensão das drogas e o encontro de vários objetos comumente relacionados à traficância, somadas à precedente denúncia envolvendo o estabelecimento comercial do acusado e o conteúdo dos laudos periciais, incriminam sobremaneira o réu.**

Na realidade, sobrelevam, enquanto dados a avalizar a acusação, os firmes e coesos testemunhos dos agentes públicos, secundados, como se viu, pela apreensão de drogas e demais objetos relacionados ao tráfico de drogas.

Deveras, não se pode partir do princípio da desonestidade dos agentes públicos, sobretudo quando não se divisa como sucede na espécie nenhum dado concreto mais denso a sugerir uma falsa acusação por crime tão grave e envolvendo significativa quantidade de substâncias entorpecentes.

Nessa ordem de ideias, o conjunto probatório, formado durante a persecução penal, descortina que o acusado guardava elevada quantidade de drogas, tal como desenhado na denúncia e explicitado no auto de exibição.

E a hipótese é, designadamente, a de tráfico de drogas. Com efeito, **(a) a quantidade das drogas (1 porção e 1 tablete de maconha, ao peso líquido total de 454,90 gramas); (b) a forma de embalagem e acondicionamento (porção; tablete); (c) a apreensão da quantia de R\$57,15 em notas e moedas, 3 cadernos e 2 fichas com anotações de valores, nomes de pessoas e outros dados, 140 saquinhos plásticos, 3 balanças, 1 máquina de cartão que, na falta de melhores explicações, devem ser considerados como produto e instrumentos do tráfico; (d) a precisão da denúncia e (e) o teor dos firmes e coesos relatos dos agentes públicos que se harmonizam com o laudo pericial realizado no local dos fatos, constituem fatores que, ajuntados, caracterizam o delito previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06. Vale dizer, não prospera o pedido de desclassificação para a figura prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/06.”**

Como se verifica do excerto acima transcrito, a condenação do recorrente foi mantida pela Corte local, com amparo na prova oral produzida nos autos e na prisão em flagrante. Após informações a respeito do tráfico de drogas no local, os policiais encontraram elevada quantidade de drogas, além de petrechos destinados à prática delitiva.

Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela desclassificação do crime de tráfico de drogas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela já mencionada Súmula 7/STJ.

Sobre o tema:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A pretendida desclassificação do crime de tráfico ilegal de entorpecentes para a conduta de posse de drogas para consumo pessoal demanda o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial, ante a incidência da Súmula n. 7/STJ.

2. Ressalta-se que a apreensão de pequena quantidade de entorpecentes é irrelevante, tendo em vista que, após análise do conjunto fático-probatório dos autos, a instância ordinária destacou o intuito de comércio das substâncias, tornando inviável a pretendida desclassificação para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/06.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp n. 2.162.920/MA, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023.)

" [...]

2. Esta Corte Superior, ao analisar o tema, posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente ao concluir que decidir pela absolvição, por não haver elementos suficientes de prova para a condenação, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula 7/STJ. Ademais não se pode falar em cerceamento de defesa, uma vez que o Tribunal a quo, em decisão devidamente motivada, entendeu que, do caderno instrutório, emergem elementos suficientemente idôneos de prova a enaltecer a tese de autoria delitiva imputada pelo parquet ao acusado, a corroborar, assim, a conclusão aposta na motivação do decreto condenatório, pelo delito de tráfico (e-STJ fls. 599/604).

3. Por meio dos aclaratórios, é nítida a pretensão da parte embargante em provocar o re julgamento da causa, situação que, na inexistência das hipóteses previstas no art. 619 do CPP, não é compatível com o recurso protocolado.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 2011458/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 31/03/2022).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES A JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.

1. Na espécie, o colegiado local, analisando os elementos probatórios colhidos nos autos, sob o crivo do contraditório, entendeu pela comprovação da autoria e da materialidade do delito de tráfico de drogas. Destacou os depoimentos das testemunhas no sentido de que o forte odor dos entorpecentes escondidos no automóvel tornou inverossímil a versão do réu no sentido de que desconhecia o transporte do material tóxico. Também ressaltou o depoimento dos policiais no sentido de que era nítida a elevação do assoalho e dos bancos do automóvel, tendo em vista a expressiva quantidade de tablets de maconha escondidos. Desse modo, para afastar os fundamentos apresentados pelo acórdão local e acatar o pedido formulado na inicial, imperioso seria o reexame das provas, providência vedada nesta instância extraordinária (Súmulas n. 7/STJ e 279/STF). Precedentes.

2. Consoante o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 a 2/3 da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. Na espécie, a causa de diminuição foi afastada pelas instâncias de origem, tendo em vista as circunstâncias concretas do caso demonstrarem a dedicação do réu a atividades criminosas. Destacaram a forma como os acusados foram contratados, bem como o modo de acondicionamento das drogas no veículo, previamente preparadas e

ocultadas, indícios esses suficientes de que integravam organização criminosa. Sublinharam também o concurso de várias pessoas para a consumação do delito, ressaltando a importância da atuação dos réus para o sucesso da empreitada criminosa.

4. Há nos autos, portanto, informações concretas acerca do envolvimento dos sentenciados na prática de atividades delituosas, assinalando as instâncias de origem serem os réus integrantes do grupo criminoso. Para afastar essas conclusões, de rigor o revolvimento de fatos e provas, providência inviável na via eleita, tendo em vista o óbice previsto no enunciado n. 7 da Súmula desta Casa.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 1976192/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2022, DJe 15/02/2022).

Por fim, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Quanto ao tema, o art. 63 do Código Penal estabelece que "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".

Ausente **distinção legal** ao tipo de crime praticado ou à natureza da pena aplicada, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a condenação irrecorrível por crime anteriormente perpetrado caracteriza a agravante de reincidência independentemente da sanção imposta, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa, dado que a *mens legis* tem como objetivo o apenamento mais severo daqueles tendentes à reiterada prática delitiva.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PACIENTE REINCIDENTE. NÃO CONHECIMENTO. 1. O cometimento de novo delito acarreta o reconhecimento da agravante da reincidência em virtude do anteriormente praticado, inexistindo qualquer distinção acerca do tipo de crime perpetrado ou da natureza da pena aplicada, nos termos do artigo 63 do Código Penal. A mens legis da norma consiste em apenar de uma forma mais gravosa aquele que apresenta tendência à prática delitiva, mesmo que de pequena expressão o crime ou a pena. 2. Reconhecida pelas instâncias de origem a reincidência do paciente, é inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. 3. Habeas corpus não conhecido."

(HC 355.763/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgamento em 21/06/2016, DJe 30/06/2016).

Na hipótese, o recorrente teve sua pena motivadamente agravada pela reincidência, em razão de condenação anterior transitada em julgado pela prática do delito previsto no artigo 331 do CP, na qual foi imposta exclusivamente pena de multa, o que não afasta a incidência da agravante do art. 61, I, do CP.

Em relação ao reconhecimento da redutora pelo tráfico privilegiado, consigno que nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter 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.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo

conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

*In casu*, tratando-se de réu reincidente, é incabível, portanto, a aplicação do redutor por ausência do preenchimento dos requisitos legais.

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. REINCIDÊNCIA DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. O entendimento consignado pelas instâncias originárias está em conformidade com a orientação firmada neste Tribunal Superior, segundo a qual "A reincidência impede a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porquanto um dos requisitos legais para a sua incidência é a primariedade do acusado" (HC 360.200/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 1/9/2016, DJe 6/9/2016).

2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 960.413/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017).

"[...]

REINCIDÊNCIA. NEGATIVA DA BENESSE PREVISTA NO § 4.º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. ÓBICE DO ENUNCIADO SUMULAR N.º 83/STJ. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO VERBETE NO APELO NOBRE INTERPOSTO COM FULCRO NAS ALÍNEAS A E C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. ENTENDIMENTO PACÍFICO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Hipótese em que o recorrente, em seu apelo nobre, alega violação aos artigos 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 e 33, § 3.º, do CP, ao argumento de que, a despeito da reincidência, faria jus à incidência da causa de diminuição de pena prevista no primeiro dispositivo legal citado e à fixação do regime inicial semiaberto.

2. O acórdão recorrido vai ao encontro da jurisprudência deste Sodalício no sentido de, em razão da sua reincidência, não ser possível a incidência da causa especial de diminuição da pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, bem como a fixação de regime inicial menos gravoso, circunstância que atrai a incidência do disposto no Enunciado n.º 83 da Súmula deste Sodalício.

3. Questionamento do agravo regimental que colide com o posicionamento desta Corte Superior de Justiça, que se pacificou no sentido de que o óbice previsto no aludido verbe sumular é aplicável aos recursos especiais interpostos tanto com fundamento na alínea a quanto na alínea c do permissivo constitucional.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 986.726/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

Vale lembrar, ainda, que, conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de

Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem se falar em *bis in idem*.

Assim, mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos de reclusão e considerando a reincidência do recorrente, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, neste último caso, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

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

É como voto.



# SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

## TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no REsp 2.104.847 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0389023-9

Número de Origem:

00002303520218260510

0000230352021826051015001283620218260510

0000230352021826051015001283620218260510292021

15001283620218260510

20230000485824

2303520218260510

230352021826051015001283620218260510

230352021826051015001283620218260510292021 292021

Sessão Virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024

### Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

### Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

### Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

## AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARCOS TADEU ZAMPIN FILHO

ADVOGADOS : WILLEY LOPES SUCASAS - SP148022

HEITOR ALVES - SP206101

ANDRE CAMARGO TOZADORI - SP209459

DAYLA AIMÉE RUSSAFA SARTI - SP428481

RECORRIDO : 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 : MARCOS TADEU ZAMPIN FILHO

ADVOGADOS : WILLEY LOPES SUCASAS - SP148022

HEITOR ALVES - SP206101

ANDRE CAMARGO TOZADORI - SP209459

DAYLA AIMÉE RUSSAFA SARTI - SP428481

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 05 de março de 2024