SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 871249 - SP (2023/0423649-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	VICTOR LAFAYETTE BOAVA CHERFEM
ADVOGADOS	:	VICTOR LAFAYETTE BOAVA CHERFEM - SP445968
		RODRIGO STANICHI FAGUNDES - SP289938
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO FLORENTINO DA SILVA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO OU DO DIREITO À INTIMIDADE. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AFASTADA SOMENTE COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. APLICADA A FRAÇÃO DE 1/2. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, questionando nulidade por violação ao direito ao silêncio e à intimidade, além de erro na dosimetria da pena. O Tribunal de origem não reconheceu as nulidades e manteve a condenação com base em provas suficientes, sem considerar a confissão informal, além de ter mantido a pena no mínimo legal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste na possibilidade de concessão de habeas corpus em substituição a recurso próprio, diante de alegada ilegalidade flagrante.

3. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, considerando a quantidade de entorpecentes apreendida.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. O habeas corpus não é substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

5. Ausente flagrante ilegalidade, tendo em vista que não foi demonstrado o prejuízo pela defesa a respeito de eventual violação do direito ao silêncio no momento da abordagem, tendo em vista que a confissão não foi utilizada para a condenação.

Documento eletrônico VDA44486631 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:38:45
Código de Controle do Documento: b1f81206-99cb-43cf-a325-73a2b185d8c2

6. A apreensão do celular ocorreu durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão, com acesso aos dados autorizado judicialmente, o que afasta qualquer nulidade processual por ilicitude das provas.
7. A quantidade de droga apreendida não é, por si só, suficiente para afastar a aplicação do tráfico privilegiado. Contudo, pode ser utilizada para modular a fração aplicada.
8. No presente caso, com base na expressiva quantidade e na natureza do entorpecente apreendido (304,1 g de cocaína), a minorante deve ser aplicada na fração de 1/2.
IV. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, 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, 14 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44486631 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:38:45
Código de Controle do Documento: b1f81206-99cb-43cf-a325-73a2b185d8c2

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 871249 - SP (2023/0423649-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	VICTOR LAFAYETTE BOAVA CHERFEM
ADVOGADOS	:	VICTOR LAFAYETTE BOAVA CHERFEM - SP445968
		RODRIGO STANICHI FAGUNDES - SP289938
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO FLORENTINO DA SILVA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO OU DO DIREITO À INTIMIDADE. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AFASTADA SOMENTE COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. APLICADA A FRAÇÃO DE 1/2. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, questionando nulidade por violação ao direito ao silêncio e à intimidade, além de erro na dosimetria da pena. O Tribunal de origem não reconheceu as nulidades e manteve a condenação com base em provas suficientes, sem considerar a confissão informal, além de ter mantido a pena no mínimo legal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste na possibilidade de concessão de habeas corpus em substituição a recurso próprio, diante de alegada ilegalidade flagrante.

3. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, considerando a quantidade de entorpecentes apreendida.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. O habeas corpus não é substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

5. Ausente flagrante ilegalidade, tendo em vista que não foi demonstrado o prejuízo pela defesa a respeito de eventual violação do direito ao silêncio no momento da abordagem, tendo em vista que a confissão não foi utilizada para a condenação.

Documento eletrônico VDA44485834 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:40:24
Código de Controle do Documento: 9e09c0d0-d7b5-45d6-a8bd-2f1013ed0cc9

6. A apreensão do celular ocorreu durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão, com acesso aos dados autorizado judicialmente, o que afasta qualquer nulidade processual por ilicitude das provas.
7. A quantidade de droga apreendida não é, por si só, suficiente para afastar a aplicação do tráfico privilegiado. Contudo, pode ser utilizada para modular a fração aplicada.
8. No presente caso, com base na expressiva quantidade e na natureza do entorpecente apreendido (304,1 g de cocaína), a minorante deve ser aplicada na fração de 1/2.
IV. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 relatório de fls. 42/43 (e-STJ):

> *Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de págs. 204/224, cujo relatório se adota, que condenou Bruno Florentino da Silva à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, unidade no piso, como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006.*
>
> *Inconformada, insurge-se a Defesa.*
>
> *Sustenta, preliminarmente, nulidade por desrespeito do direito ao silêncio, bem como por violação ao direito à intimidade. No mérito, almeja o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a redução da pena de multa, a fixação do regime inicial aberto, a substituição da privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a restituição dos bens apreendidos, a justiça gratuita e o recurso em liberdade (págs. 260/270).*
>
> *O recurso foi regularmente processado, com a apresentação de contrarrazões pelo Ministério Público (págs. 277/283).*
>
> *Em parecer, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (págs. 290/300).*
>
> *É o breve relatório.*

A defesa alega, em síntese, a nulidade pela violação do direito ao silêncio (ausência do aviso de Miranda), violação do direito à intimidade pelo acesso dos policiais ao conteúdo das mensagens do celular do paciente e, por fim, a ocorrência de erro na dosimetria da pena, tendo em vista que faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado.

Requer a concessão da ordem para que seja anulada a condenação ou reduzida a pena aplicada ao paciente.

Documento eletrônico VDA44485834 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:40:24
Código de Controle do Documento: 9e09c0d0-d7b5-45d6-a8bd-2f1013ed0cc9

É o relatório.

VOTO

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

Veja-se:

> *"O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*
>
> *(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).*

> *"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*
>
> *(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

> *"Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*
>
> *(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).*

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

A concessão de ofício da ordem, nos termos do art. 654, § 2º, do Código

Documento eletrônico VDA44485834 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:40:24
Código de Controle do Documento: 9e09c0d0-d7b5-45d6-a8bd-2f1013ed0cc9

de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade, situação que não se verifica de plano na hipótese dos autos, na medida em que o Tribunal de origem, após a detida análise do conjunto probatório amealhado ao longo da marcha processual, concluiu pela ausência de qualquer nulidade, nos seguintes termos (e-STJ fls. 43/46):

> *De proêmio, arreda-se a matéria preliminar.*
>
> *Com efeito, o direito de permanecer em silêncio é assegurado perante as autoridades policial e judicial, e nada impede a conversa entre o agente e os policiais, no momento da abordagem, sendo prescindível a advertência ao suspeito acerca da possibilidade de permanecer calado nesta ocasião, o chamado "Aviso de Miranda".*
>
> *No mais, inexistiu qualquer prejuízo concreto ao apelante, pois a condenação, como adiante se verá, não se baseou na confissão informal.*
>
> *Nesse sentido, julgado desta C. Câmara Criminal: "Não se olvida que o tema referente à validade das declarações do acusado de admissão da prática do crime, levadas a efeito quando da abordagem policial, no tocante à necessidade da advertência do direito ao silêncio, é questão polêmica. Mas aqui adota-se a compreensão (ao que parece majoritária nesta Corte) de que a denominada confissão informal não configura prova ilícita se não precedida da advertência ao suspeito do seu direito de permanecer em silêncio. Deveras, entende- se que o direito que o suspeito tem de ser informado sobre a prerrogativa de permanecer em silêncio (de sorte a não produzir prova contar si mesmo) não se aplica por ocasião da realização da diligência policial, mas apenas quando de seus interrogatórios (ou declarações) no curso do inquérito policial ou em juízo. Conferir, nesta linha, os seguintes arestos deste Tribunal: HC nº 2159479- 97.2020.8.26.0000, rel. Des. Amaro Tomé; AP nº 1501233-89.2019.8.26.0616, rel. Des. Fernando Simão; AP nº 0001497-68.2016.26.0073, rel. Des. Claúdio Marques; AP nº 0009681-39.2017.8.260635, rel. Des. Gilda Alves Barbosa; AP nº 0004021-39.2017.8.26.0417, Des. Herman Herchander.*
>
> *No mesmo sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.627.549, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz): '(...) 4. Não se exige que o direito a não se autoincriminar seja anunciado pela autoridade policial no decorrer de diligências que culminam com a prisão em flagrante de algum investigado. (...)' Cabe atentar, como o disse esta Câmara (AP nº 0004021-39.2017.8.26.0417, rel. Des. Hermann Herschander, acima mencionado), que 'a notícia da admissão voluntária e informal da imputação por parte dos averiguados no momento da prisão em flagrante não configura confissão, mas apenas um elemento da prova testemunhal que a ela se refere'. De toda sorte, na linha do que ficará exposto, a condenação do acusado, a bem da verdade, independe da chamada confissão informal. Existem outros elementos de prova que, por si só, são suficientes para assentar um édito condenatório." (Apelação Criminal nº. 1502475-64.2020.8.26.0320, Rel. Des. LAERTE MARRONE, j. 18-03-2022).*
>
> *Precedente do Superior Tribunal de Justiça não destoa: "Se havia suspeita de que o paciente estava praticando o delito de tráfico de drogas, os policiais militares poderiam, mesmo sem qualquer informação por ele fornecida, averiguar o local, e diante da localização de grande quantidade de drogas, apreender a substância entorpecente e prendê-lo em flagrante, sem que seja necessário informá-lo previamente sobre o seu direito ao silêncio, razão pela qual não há fa*

Documento eletrônico VDA44485834 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:40:24
Código de Controle do Documento: 9e09c0d0-d7b5-45d6-a8bd-2f1013ed0cc9

lar em confissão informal ilícita" (STJ, HC 253709/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, j. 07-08-2014).

Também não há falar em violação ao direito à intimidade, uma vez que o acesso ao conteúdo do aparelho celular apreendido foi autorizado judicialmente (pág. 15 do apenso nº 1501292-93.2023.8.26.0048).

Ademais, como bem consignou o i. magistrado sentenciante, "Não obstante o fato de que com isso era autorizada expressamente '(...) a consulta a aplicativos de WhatsApp e redes sociais, se o caso (...)' (fls. 15 dos autos nº 1501292- 93.2023.8.26.0048), de acordo com a testemunha Igor, como se verá, o próprio réu concedeu as senhas dos aparelhos, o que possibilitou o acesso ao conteúdo.

O fato de os celulares serem encaminhados à perícia posteriormente não indica não cooperação do réu, mas sim praxe inerente à atividade da polícia judiciária, cuja atuação, diga-se, respeitou a Lei e foi empregada, no caso sob análise, em acordo com as necessidades, tendo sido pautada com observância ao devido processo legal" (págs. 208/209).

Além disso, prova alguma foi produzida pela defesa para desacreditar os policiais civis, agentes que foram credenciados pelo Estado para atuar em situações como a apurada na presente ação penal, não sendo adequado negar-lhes valor devido de testemunho, em princípio, idôneo, perante o Judiciário.

Como se vê, além de o Tribunal de origem ter pontuado que o Aviso de Mirande constitui uma nulidade relativa, assentou que a condenação não foi baseada na confissão extrajudicial. Quanto ao acesso do celular do paciente, consignou que foi autorizado judicialmente, razão pela qual não haveria nenhuma nulidade.

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

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCAS PESSOAL E DOMICILIAR. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. OFENSA AO DIREITO AO SILÊNCIO. INEXISTÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.616/RO, no qual se enfrentou o Tema 280 de Repercussão Geral, fixou 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".

II - No julgamento do HC n. 598.051/SP, em 2/3/2021, pela Sexta Turma desta Corte Superior, assentou-se que não houve a concessão de salvo-conduto a todas as condenações por tráfico ilícito de drogas praticadas em domicílio, devendo-se analisar, caso a caso, as circunstâncias de cada prisão em flagrante (HC n. 598.051/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 15/3/2021).

Documento eletrônico VDA44485834 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:40:24
Código de Controle do Documento: 9e09c0d0-d7b5-45d6-a8bd-2f1013ed0cc9

III - Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça compreende que é possível o ingresso de policiais em domicílio, mesmo sem mandado judicial ou consentimento do morador, caso haja fundadas razões da ocorrência da prática de crime no local, à luz do artigo 240 do Código de Processo Penal.

IV - Na hipótese, conforme consignado na decisão agravada, verifica-se da dinâmica fática apresentada que a atuação policial foi escorreita e restou fundada em fortes razões, consubstanciadas nas informações e diligências prévias, aptas ao embasamento da abordagem pessoal e da busca domiciliar. Note-se, inclusive, que a entrada dos policiais no domicílio foi autorizada e acompanhada pela moradora do local, esposa do acusado, a qual confirmou em juízo que, de fato, concedeu tal autorização. Efetivamente, em que pese a irresignação da Defesa, fato é que o agravante restou condenado com amparo em provas de autoria e materialidade do delito, sob a égide da confirmação judicial.

V - Por fim, no que tange à nulidade invocada relativa à suposta ofensa ao direito ao silêncio ("Aviso de Miranda"), além de não se verificar qualquer prejuízo à sua defesa, constata-se que o agravante admitiu em juízo possuir em sua residência as drogas e a arma de fogo encontradas. Ademais, a referida confissão espontânea, ainda que parcial, foi considerada na dosimetria da pena do acusado, conforme inclusive pleiteado pela defesa. Não há que se falar, portanto, em ofensa ao direito ao silêncio ou à não autoincriminação, diante de sua pronta confissão, em juízo. De mais a mais, o entendimento desta Corte Superior sobre o tema estabelece que tal prática somente é exigida nos interrogatórios policial e judicial. Precedente.

VI - Neste agravo regimental, portanto, não foram apresentados argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, devendo ser mantida a decisão impugnada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 846.215/BA, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 6/9/2024.)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE PROBATÓRIA. ILEGALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DO ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS LEGAIS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A higidez do decreto condenatório perpassa, indubitavelmente pela concretização, no plano processual, das garantias constitucionais e, com maior relevo, dos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (art.

5º, LV), legalidade das provas (art. 5º, LVI), dentre outros. Nesse aspecto, a inobservância das citadas garantias constitucionais inquina de eiva o processo penal, ensejando, nos termos do art. 157 e ss do CPP, o desentranhamento das provas eivadas de ilegalidades.

II - O sigilo das comunicações telefônicas é garantido pelo artigo 5º, XII, da Constituição Federal e, para que haja o seu afastamento, exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada, nos termos do artigo 93, IX da Carta Magna.

III - No caso, o Tribunal de origem, adequadamente, assestou a

Documento eletrônico VDA44485834 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:40:24
Código de Controle do Documento: 9e09c0d0-d7b5-45d6-a8bd-2f1013ed0cc9

> *legalidade da interceptação telefônica e das suas prorrogações, porquanto requerida devidamente pela autoridade policial, após diligências prévias, que apontaram domínio dos pontos de vendas de drogas pela organização criminosa investigada no Conjunto Habitacional COHAB, em Cruz Alta/RS, inexistindo, pois, as aventadas nulidades processuais. Além disso, o acórdão impugnado consignou que a prorrogação da interceptação telefônica e telemática foi devidamente fundamentada, em dados concretos, detalhando as atividades do grupo criminoso no mercado ilícito de drogas, coordenado por agente detido em presídio.*
>
> *IV - A apreensão do aparelho celular ocorreu no curso do cumprimento de mandado de busca e apreensão, cujo acesso aos dados decorreu de autorização judicial, resultando dessas provas a deflagração da ação penal, no bojo do qual adveio condenação do paciente pelo crime de associação ao tráfico de drogas, inexistindo, pois, nulidade processual por ilicitude do meio de prova.*
>
> *Agravo regimental desprovido.*
>
> *(AgRg no HC n. 748.950/RS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 16/4/2024.)*

Ademais, não há demonstração de efetivo prejuízo para se declarar a sua nulidade, de modo que, seguindo o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 563, não comprovado efetivo prejuízo ao réu, não há que se declarar a nulidade do processo.

Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado na via estreita do habeas corpus.

Por outro lado, o acórdão assim se manifestou acerca da aplicação da causa de diminuição (e-STJ fls. 49/51):

> *Na individualização da medida repressiva, a pena de partida foi fixada no mínimo legal.*
>
> *Na segunda etapa, ausentes atenuantes e agravantes.*
>
> ***Na fase derradeira, o privilégio não pode ser aplicado, diante da expressiva quantidade de droga apreendida (350 porções de cocaína com peso líquido de 304,1 gramas págs. 130/132), sem se ignorar a acentuada lesividade da substância.***
>
> *Nessa esteira, entende esta Colenda Câmara: "5. Não é o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, ou seja, do reconhecimento do crime de tráfico privilegiado. A ação criminosa envolveu elevada quantidade de drogas, de espécies diversas (maconha e cocaína). Além disso, foi encontrado dinheiro e os réus não comprovaram, a contento, qualquer atividade lícita.*
>
> *São fatores que, ajuntados, apontam para um acentuado envolvimento dos réus no tráfico de drogas.*
>
> *Designadamente, não se trata de uma situação típica de pessoa iniciante neste tipo de atividade. Quadro, pois, a desnudar que se trata*

Documento eletrônico VDA44485834 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:40:24
Código de Controle do Documento: 9e09c0d0-d7b5-45d6-a8bd-2f1013ed0cc9

de pessoas dedicadas às atividades criminosas. Cabe salientar que 'a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas', para os fins a que alude o citado artigo de lei (STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia)." (Apelação Criminal nº. 1505239-08.2020.8.26.0228, Rel. Des. LAERTE MARRONE, j. 23-06-2022, grifei).

No mesmo sentido decide o Superior Tribunal de Justiça: "AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO PRIVILEGIADO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de writ nesta instância superior, uma vez que a competência do STJ prevista no art. 105, I, e, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados. 2. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza- se dentro das balizas fixadas pelo legislador. 3. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. 4. Agravo regi mental desprovido." (AgRg no HC 746811/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quinta Turma, j. 16-08-2022, grifei).

Assim, a reprimenda concretizou-se em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, unidade no piso.

A análise realizada pelo Tribunal de origem não está em linha com a jurisprudência desta Corte acerca da temática.

De fato, a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas foi vedada única e exclusivamente com base na quantidade de entorpecente apreendida, o que, contudo, não possui respaldo na jurisprudência desta Corte, conforme se extrai do seguinte precedente da 5ª e 6ª Turmas:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA.TRÁFICO D E ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE DE DROGA E PELA CONDIÇÃO DE MULA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. FRAÇÃO DE 1/6. ADEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n.

Documento eletrônico VDA44485834 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:40:24
Código de Controle do Documento: 9e09c0d0-d7b5-45d6-a8bd-2f1013ed0cc9

11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
2. Posteriormente, o referido colegiado aperfeiçoou o entendimento anteriormente exarado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria.
3. Na espécie, o fundamento de que o agente transportava grande quantidade de droga a serviço de terceiros não se presta a sustentar o afastamento da benesse, uma vez que evidencia, de plano, apenas a condição de mula e não de dedicação a atividades criminosas. E, nos termos da jurisprudência desta Corte, a condição de mula, per se, não tem o condão de impedir o reconhecimento do privilégio em comento, de modo que faz jus o agravado à incidência da minorante na fração de 1/6.
4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 842630 / SC, RELATOR Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 18/12/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 21/12/2023. Grifo Acrescido)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA REALIZAÇÃO DE TRANPORTE INTERESTADUAL DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTO INIDÔNEO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado ao ora agravado, na fração de 1/6.
2. A revaloração dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatórios. Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, mas valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.
3. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que o "mero transporte eventual ou esporádico de droga - ainda que em grandes quantidades -, sem outros elementos que evidenciem o envolvimento do agente com organização criminosa, não é suficiente para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no AREsp n. 2.321.950/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023.) 4. No caso dos autos, o Tribunal local utilizou-se do fato de o paciente ter realizado transporte

Documento eletrônico VDA44485834 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:40:24
Código de Controle do Documento: 9e09c0d0-d7b5-45d6-a8bd-2f1013ed0cc9

interestadual de elevada quantidade de entorpecente - 6,25 kg (seis quilos e vinte e cinco gramas) de cocaína - para negar a aplicação do benefício ao réu.
Entretanto, da leitura dos autos, não se verifica a presença de outros elementos que permitam concluir com clareza a dedicação ao tráfico de forma habitual, revelando-se inidônea, em consequência, a motivação utilizada para a negativa do privilégio.
5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 849305 / MS, RELATOR Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 19/09/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 26/09/2023)

De fato, a quantidade expressiva de drogas, desacompanhada de outros elementos, baliza a fração redutora a ser aplicada, mas não afasta, por si, a aplicação do privilégio.

No presente feito, em se tratando da apreensão de 304,1 g de cocaína, a redutora deve ser aplicada no patamar de 1/2, em linha com os precedentes supracitados.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para recalcular a pena relativa ao delito do art. 33 da Lei Antidrogas aplicada, estabelecendo-a em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, a ser cumprida no regime aberto. Considerando o preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP, substituo a pena corporal por **duas** restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo de origem.

Se estiver preso, o paciente deverá ser imediatamente posto em liberdade, se outro motivo não justificar sua prisão.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44485834 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:40:24
Código de Controle do Documento: 9e09c0d0-d7b5-45d6-a8bd-2f1013ed0cc9

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0423649-4 **HC 871.249 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15005061320238260545 20230000890204

EM MESA JULGADO: 12/11/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	VICTOR LAFAYETTE BOAVA CHERFEM
ADVOGADOS	:	RODRIGO STANICHI FAGUNDES - SP289938
		VICTOR LAFAYETTE BOAVA CHERFEM - SP445968
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO FLORENTINO 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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, 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.

Documento eletrônico VDA44460183 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 13/11/2024 18:55:20
Código de Controle do Documento: 5365B2BE-9278-4593-915C-5C35925C062D