



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 935129 - SP (2024/0292356-5)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : LUCAS JOSE RIBEIRO MACEDO - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON LEME JUNIOR (PRESO)
CORRÉU : DOUGLAS DOS SANTOS NAKASHOJI LEDAKIS
CORRÉU : ERIK OLIVEIRA DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVIOABILIDADE DOMICILIAR. BUSCA E APREENSÃO SEM MANDADO JUDICIAL. CRIME PERMANENTE. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. NÃO OBSERVÂNCIA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* em que a defesa alega a nulidade de provas obtidas durante busca domiciliar realizada sem mandado judicial, sob o fundamento de violação do direito à inviolabilidade de domicílio. Os policiais ingressaram na residência dos acusados após denúncia anônima e apreensão de entorpecentes no veículo dos suspeitos. A defesa pleiteia o reconhecimento da ilicitude das provas e a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões principais em discussão: (i) Se o ingresso em domicílio sem mandado judicial, em caso de crime permanente e com base em fundadas razões, configura violação à inviolabilidade domiciliar. (ii) Se o paciente preenche os requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3.O art. 5º, XI, da Constituição Federal estabelece que a casa é asilo inviolável, exceto em casos de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro. No presente caso, o crime de tráfico de

drogas, sendo de natureza permanente, configura situação de flagrância contínua, permitindo o ingresso no domicílio sem necessidade de mandado judicial, conforme o entendimento fixado pelo STF no julgamento do Tema 280 (RE 603.616/RO).

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que a entrada em domicílio sem mandado é lícita quando há fundadas razões, devidamente justificadas, que indiquem a prática de crime no interior da residência. No caso concreto, a apreensão de entorpecentes no veículo dos acusados e a denúncia anônima forneceram os elementos necessários para justificar a diligência policial (HC 608.405/PE).

5. A quantidade de droga apreendida, somadas às circunstâncias do crime, em que os réus foram apreendidos com objetos tipicamente utilizados no preparo e venda de entorpecentes, além de anotações relativas ao tráfico, são motivações idôneas para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

IV. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, denegar a ordem.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 24 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 935129 - SP (2024/0292356-5)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : LUCAS JOSE RIBEIRO MACEDO - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON LEME JUNIOR (PRESO)
CORRÉU : DOUGLAS DOS SANTOS NAKASHOJI LEDAKIS
CORRÉU : ERIK OLIVEIRA DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVIOABILIDADE DOMICILIAR. BUSCA E APREENSÃO SEM MANDADO JUDICIAL. CRIME PERMANENTE. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. NÃO OBSERVÂNCIA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* em que a defesa alega a nulidade de provas obtidas durante busca domiciliar realizada sem mandado judicial, sob o fundamento de violação do direito à inviolabilidade de domicílio. Os policiais ingressaram na residência dos acusados após denúncia anônima e apreensão de entorpecentes no veículo dos suspeitos. A defesa pleiteia o reconhecimento da ilicitude das provas e a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões principais em discussão: (i) Se o ingresso em domicílio sem mandado judicial, em caso de crime permanente e com base em fundadas razões, configura violação à inviolabilidade domiciliar. (ii) Se o paciente preenche os requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3.O art. 5º, XI, da Constituição Federal estabelece que a casa é asilo inviolável, exceto em casos de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro. No presente caso, o crime de tráfico de

drogas, sendo de natureza permanente, configura situação de flagrância contínua, permitindo o ingresso no domicílio sem necessidade de mandado judicial, conforme o entendimento fixado pelo STF no julgamento do Tema 280 (RE 603.616/RO).

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que a entrada em domicílio sem mandado é lícita quando há fundadas razões, devidamente justificadas, que indiquem a prática de crime no interior da residência. No caso concreto, a apreensão de entorpecentes no veículo dos acusados e a denúncia anônima forneceram os elementos necessários para justificar a diligência policial (HC 608.405/PE).

5. A quantidade de droga apreendida, somadas às circunstâncias do crime, em que os réus foram apreendidos com objetos tipicamente utilizados no preparo e venda de entorpecentes, além de anotações relativas ao tráfico, são motivações idôneas para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

IV. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por contra acórdão que deu parcial provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado por infração ao art. 35, *caput*, em concurso material com o art. 33, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.400 dias-multa.

Em grau de apelação, a sentença foi reformada para absolver o réu da condenação pelo crime do art. 35 da Lei nº 11.343/2006 e reduzir a sua reprimenda quanto ao tráfico para 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

A defesa alega, em síntese, o emprego de meio de prova ilícito, bem como a necessidade de absolvição quanto às drogas encontradas no veículo do réu Edson, pois fato não delineado na acusação, ou ainda a desclassificação e, ainda, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, pois preenchidos os requisitos legais.

Requer a concessão da ordem para obter a declaração de nulidade da prova impugnada. Subsidiariamente, a desclassificação para o art. 28 da Lei de Drogas, a diminuição de pena pelo tráfico privilegiado ou a fixação do regime semiaberto.

É o relatório.

VOTO

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

Nesse particular, o ingresso em domicílio alheio, para ser regular, depende da existência de fundadas razões que constituam justa causa e sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental envolvido.

Somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível vulnerar o direito em questão e configurar legítima intervenção restritiva do Estado.

Nessa esteira, na busca de um verdadeiro direito penal do equilíbrio, conforme expressão consagrada por Rogério Greco, deve-se realizar um necessário juízo de ponderação e cotejo de valores, levando-se em consideração a inexistência de direitos absolutos.

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

Eis a ementa do julgado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da

Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

(RE 603616, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, DJe 10/05/2016).

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

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. COMPROVAÇÃO DA VOLUNTARIEDADE. ÔNUS ESTATAL. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ANULAÇÃO DA DEMANDA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição da República, consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori” (RE n. 603.616/RO, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, DJe 2/3/2021), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as

seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que, do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. 4. O contexto fático delineado nos autos não serviu de suporte para justificar a ocorrência de uma situação de flagrante que autorizasse a violação de domicílio. Em outros termos, as circunstâncias que antecederam o ingresso dos policiais na residência do réu não evidenciaram, quantum satis e de modo objetivo, as fundadas razões que justificassem a entrada na sua morada, de maneira que a simples avaliação subjetiva dos agentes estatais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso no domicílio. 5. As regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos servidores castrenses de que o paciente ou os pedreiros, que trabalhavam no local, ou o locatário do sítio (este, inclusive, declarou a propriedade de todo o material lá encontrado) teriam autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do acusado, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor do réu. 6. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a captura de crack, após invasão desautorizada da residência do paciente –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre o ingresso no domicílio (permeado de ilicitude) e a apreensão das substâncias entorpecentes. 7. Justifica-se a anulação da demanda judicial, se são ilegais os elementos de convicção colhidos por meio da entrada ilícita no domicílio do réu, se eles deram suporte à peça acusatória ofertada e contaminaram todas as evidências daí decorrentes. A falta de plausibilidade jurídica para a diligência afeta a própria instauração da persecução criminal, assim como todas as provas que dela se sucederam. 8. Ordem concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas pelo ingresso no domicílio do paciente, sem o seu consentimento válido, e as que dela decorreram e, em consequência, anular, ab initio, a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que apoiada em dados supervenientes, obtidos com atenção aos limites definidos no art. 5º, XI, da Constituição da República, e com estrita observância aos ditames previstos no art. 41

Assim, o entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. BUSCA DOMICILIAR. APREENSÃO DE 4 TIJOLOS DE MACONHA E OUTRAS 2 PORÇÕES DA REFERIDA DROGA. SUSCITADA ILEGALIDADE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TESE AFASTADA. INFORMAÇÃO PORMENORIZADA ACERCA DA PRÁTICA DELITIVA. PORTÃO DO DOMICÍLIO ABERTO. ODOR DE ENTORPECENTE IDENTIFICADO POR CÃO FAREJADOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

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

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

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

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

3. Agravo regimental improvido.

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

Acerca da nulidade afirmada pela defesa, assim se manifestou o Tribunal de origem (e-STJ fl. 110):

Nesse contexto, cumpre afastar a preliminar de afronta ao direito constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Segundo consta, os policiais, após receberem denúncia anônima de que no imóvel do local dos fatos estaria ocorrendo o preparo de drogas, para lá se dirigiram, visualizando os réus saindo do local, sendo eles abordados e, de pronto, apreendidas no veículo de Edson porções de drogas, o que oferecia razões suficientes para que os policiais incursionassem a sua residência, sobre a qual, repita-se, já havia denúncias de prática do comércio nefasto.

Na mesma ocasião, Edson afirmou que Douglas era o proprietário da droga encontrada em sua casa, o que fez com que Douglas negasse tal afirmação, levando-o, todavia, a revelar aos policiais que em sua residência havia mais drogas.

Tem-se, portanto, que os policiais militares, nas duas oportunidades, tinham a certeza de que na residência dos apelantes Edson e Douglas estava em curso delito de natureza permanente, portanto em situação flagrancial, com o que estavam plenamente autorizados a adentrar os imóveis, ainda que desprovidos de mandado ou de autorização do morador (daí a desnecessidade, repita-se, da vinda dos documentos requeridos pela Defesa), isso porque o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, estabelece que a hipótese de flagrante delito é exceção à chamada inviolabilidade de domicílio.

Inclusive, importante consignar que a questão já foi debatida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal que decidiu, apreciando o tema 280 da repercussão geral, o seguinte:

[...]

A análise realizada pelo Tribunal de origem encontra-se em linha com a jurisprudência desta Corte acerca da validade da diligência.

Nesse sentido, apurada a existência de drogas em contexto de traficância com o paciente durante a busca pessoal, há a constatação da flagrância do delito permanente, a qual confere fundadas razões à busca domiciliar subsequente, conforme se extrai do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CASO CONCRETO. ADVERTÊNCIA DE DIREITO AO SILÊNCIO. SITUAÇÃO DE ATUAÇÃO EM FLAGRANTE. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II No caso concreto, a fundada suspeita dos policiais residuiu, não apenas na existência de diversas denúncias anônimas de que o paciente estaria praticando o tráfico de drogas em sua residência, mas também nas diversas campanhas policiais, como diligências prévias ao flagrante, nas quais foi flagrado o paciente em atividades típicas de traficância. Ao procederem à abordagem finalmente, esta foi inicialmente em via pública, em busca veicular, quando ele espontaneamente confessou o delito. Na residência, foi encontrado, depois, mais de um quilo de cocaína.

III - De qualquer forma, não há que se falar em invasão de domicílio, porque o próprio paciente (que, inclusive, acompanhou a diligência) indicou a localização da droga após a busca veicular e a confissão informal. (...)

(HC 704331 / SC, RELATOR Ministro JESUÍNO RISSATO

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

Alterar o quadro formado no Tribunal de origem demanda inviável dilação probatória em sede de *habeas corpus*.

Quanto ao pleito de absolvição/ desclassificação do delito de tráfico de drogas, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fls. 114):

Vê-se, portanto, que o conjunto probatório era mesmo bastante contundente no sentido de incriminar Edson e Douglas pelo delito de tráfico de drogas, pois além de Edson portar drogas consigo em seu veículo, foram achados mais entorpecentes na casa de cada um deles em quantidade incompatível com a de consumo próprio, além da apreensão de outros objetos tipicamente utilizados no preparo e venda de entorpecentes, pelo que de rigor se mostra a manutenção da condenação de ambos pelo crime do art. 33, caput, da Lei de Drogas, afastando-se a tese desclassificatória invocada pelas defesas.

O Tribunal *a quo*, ao apreciar os elementos de prova constituídos nos autos, concluiu pela robustez das provas utilizadas para a condenação e a existência de elementos suficientes para caracterizar o tráfico. Entender pela desclassificação para o crime de uso, como pretende a defesa, demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório delineado nos autos, providência inviável na via eleita.

Em relação à minorante do tráfico privilegiado, o Tribunal de origem assim dispôs (e-STJ fl. 118):

Por fim, respeitada a irresignação de ambas as Defesas, não se mostrava cabível, de fato, a aplicação da causa de diminuição de pena contida no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, não só porque Douglas é reincidente, mas porque a quantidade de drogas apreendida, o fato de Edson ter admitido que iria vender as drogas em bares do circuito universitário, além de serem apreendidos na casa de ambos instrumentos utilizados no preparo de drogas para venda, evidenciam a dedicação dos apelantes à atividade criminosa, requisito negativo para a concessão da mencionada benesse legal.

No caso, a Corte de origem afastou a minorante, por entender que a quantidade de droga, o fato de Edson ter admitido que iria vender as drogas em bares do circuito universitário, além de serem apreendidos na casa de ambos instrumentos utilizados no preparo de drogas para venda, não deixam dúvida da dedicação do paciente às atividades criminosas, o que está em consonância com a

jurisprudência desta Quinta Turma:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. ELEMENTOS CONCRETOS A EVIDENCIAR A DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE DELITIVA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ORIGINÁRIA. MODIFICAÇÃO A RECLAMAR REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO CORRETAMENTE FIXADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Pedido de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de drogas. O Tribunal a quo - dentro do seu livre convencimento motivado- apontou elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas, motivo pelo qual não há como se aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em favor da paciente. Nesse compasso, o acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente se dedicava as atividades criminosas (traficância), em razão não somente pela quantidade e diversidade das drogas apreendidas - 12 (doze) pinos de cocaína, 08 (oito) trouxas de maconha, 03 (três) tabletes de maconha e 02 (duas) pedras de crack -, mas também pelas circunstâncias em que se deu sua prisão, onde foram localizados ainda, balança de precisão, quantia em dinheiro no valor de R\$ 4.125,20, aparelhos celulares, comprovantes de depósito e caderneta de anotações, demonstrando seu profundo envolvimento na prática de atividades criminosas de traficância, não se tratando, portanto, de traficante ocasional.

III - Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior tem mantido o afastamento do tráfico privilegiado, na hipótese em que o comércio espúrio é cometido em contexto em que há apreensão de arma de fogo ou de munições. Precedentes. In casu, o paciente foi condenado nesses autos pela prática do delito descrito no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, haja vista a posse irregular de 07 (sete) munições calibre 380 intactas e 06 (seis) munições calibre 38 intactas.

IV - é imperioso enfatizar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedicaria a atividades delituosas e/ou não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada na via estreita do habeas corpus.

V - Regime prisional. Pena em 05 (cinco) anos de reclusão. Modo inicial decorrente da própria literalidade no art. 33, caput, §§ 2º, alínea "b", Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 892.407/PI, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 19/4/2024.)

Logo, a modificação desse entendimento, a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas, enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO §4º, ART. 33, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO AO TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, além da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, "consideram-se como outros elementos para afastar a minorante o *modus operandi*, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, por exemplo, balança de precisão, embalagens, armas e munições, especialmente quando o tráfico foi praticado no contexto de delito de armas ou quando ficar evidenciado, de modo fundamentado, o envolvimento do agente com organização criminosa" (AgRg no HC n. 731.344/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022).

2. Na hipótese, o redutor foi afastado não só com base na expressiva quantidade e variedade de entorpecentes, mas também devido à apreensão de 3 cadernos de anotações relativas ao tráfico, 4 balanças de precisão e maquinário para embalagem de drogas (e-STJ, fl. 534), elementos aptos a indicar envolvimento na narcotraficância.

3. Decidir em sentido contrário ao estabelecido pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, demandaria amplo revolvimento fático-probatório, vedado na via estreita do writ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 908.343/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 13/6/2024.)

Pelo exposto, **denego** a ordem de *habeas corpus* pleiteada.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0292356-5

HC 935.129 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15003005720238260073

EM MESA

JULGADO: 22/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS JOSE RIBEIRO MACEDO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON LEME JUNIOR (PRESO)
CORRÉU : DOUGLAS DOS SANTOS NAKASHOJI LEDAKIS
CORRÉU : ERIK OLIVEIRA DOS SANTOS
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, denegou a ordem."

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