



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 963044 - SP (2024/0444492-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MATHEUS DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO DOMICILIAR. CONSENTIMENTO DO RÉU. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. REVISÃO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE FUNDAMENTADO. NÃO APLICAÇÃO DA REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu de habeas corpus substitutivo de recurso próprio. O paciente foi condenado a 5 anos de reclusão e 500 dias-multa pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). A defesa sustenta nulidade das provas obtidas por ingresso domiciliar ilegal, ausência de justa causa para a busca, nulidade da abordagem policial baseada apenas em denúncia anônima, erro na dosimetria da pena e possibilidade de aplicação da causa especial de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se o ingresso domiciliar ocorreu sem consentimento válido do paciente, acarretando nulidade das provas; e (ii) analisar se há ilegalidade na dosimetria da pena, especialmente quanto ao aumento da pena-base e à não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do STJ e do STF não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvadas hipóteses de flagrante ilegalidade.

4. A nulidade do ingresso domiciliar não se configura quando há consentimento do morador, conforme entendeu o juízo de origem, sendo inviável a reanálise de provas na via estreita do habeas corpus.

5. A busca domiciliar foi precedida de fundada suspeita, corroborada pela autorização do paciente, afastando a tese de violação de domicílio.

6. A dosimetria da pena foi devidamente fundamentada, sendo legítima a exasperação da pena-base em 1/6, conforme art. 42 da Lei 11.343/2006, considerando a quantidade e natureza da droga apreendida.

7. A não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi justificada pela habitualidade criminosa do paciente, que possuía estrutura organizada para o tráfico, com divisão de tarefas entre os envolvidos, circunstância que inviabiliza a redução da pena.

8. O reexame de provas para modificar a conclusão das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente à atividade criminosa é inviável em habeas corpus.

IV. DISPOSITIVO E TESE

9. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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, 20 de fevereiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 963044 - SP (2024/0444492-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MATHEUS DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO DOMICILIAR. CONSENTIMENTO DO RÉU. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. REVISÃO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE FUNDAMENTADO. NÃO APLICAÇÃO DA REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu de habeas corpus substitutivo de recurso próprio. O paciente foi condenado a 5 anos de reclusão e 500 dias-multa pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). A defesa sustenta nulidade das provas obtidas por ingresso domiciliar ilegal, ausência de justa causa para a busca, nulidade da abordagem policial baseada apenas em denúncia anônima, erro na dosimetria da pena e possibilidade de aplicação da causa especial de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se o ingresso domiciliar ocorreu sem consentimento válido do paciente, acarretando nulidade das provas; e (ii) analisar se há ilegalidade na dosimetria da pena, especialmente quanto ao aumento da pena-base e à não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do STJ e do STF não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvadas hipóteses de flagrante ilegalidade.

4. A nulidade do ingresso domiciliar não se configura quando há consentimento do morador, conforme entendeu o juízo de origem, sendo inviável a reanálise de provas na via estreita do habeas corpus.

5. A busca domiciliar foi precedida de fundada suspeita, corroborada pela autorização do paciente, afastando a tese de violação de domicílio.

6. A dosimetria da pena foi devidamente fundamentada, sendo legítima a exasperação da pena-base em 1/6, conforme art. 42 da Lei 11.343/2006, considerando a quantidade e natureza da droga apreendida.

7. A não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi justificada pela habitualidade criminosa do paciente, que possuía estrutura organizada para o tráfico, com divisão de tarefas entre os envolvidos, circunstância que inviabiliza a redução da pena.

8. O reexame de provas para modificar a conclusão das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente à atividade criminosa é inviável em habeas corpus.

IV. DISPOSITIVO E TESE

9. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos (e-STJ, fls. 362/369):

O paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput da lei 11.343/06 à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias- multa por tráfico de drogas, com base no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

A defesa alega, em síntese: a) que seria necessário "se reconhecer a nulidade das provas obtidas pelo ingresso domiciliar sem justa causa fundada em denúncia anônima e sem prova do consentimento livre, prévio e informado do morador" (e-STJ, fl. 4); b) que o "paciente e o corréu foram abordados única e exclusivamente em razão de denúncia anônima realizada em seu desfavor, e que lhes imputava a prática de atos de traficância" (e-STJ, fl. 8); c) que a tentativa de fuga do paciente não justificaria a abordagem e posterior busca em sua residência; d) que a majoração da pena-base em 1/6 pela quantidade e natureza da droga apreendida foi feita de forma indevida, devendo ser revista; e) que é possível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º da Lei de drogas.

Ao final, requer a concessão da ordem para absolver o paciente, reconhecendo a nulidade das provas em razão da violação domiciliar e subsidiariamente, caso subsista condenação do réu, que seja aplicada a ele a causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º da lei 11.343/06 (e-SRJ, fl. 19).

O agravante requer a reconsideração da decisão ou o provimento de seu recurso pelo colegiado para declarar a nulidade das provas e a absolvição do

agravante com fundamento no art. 386, II e V, do CPP.

É o relatório.

VOTO

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

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 362/369):

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, D Je 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, D Je 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, D Je 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.

Outrossim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte é imprescindível a reanálise do acervo fático- probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta instância, sobretudo na estreita via do habeas corpus.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

2. As instâncias de origem, com base nas provas dos autos, entenderam que não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual, não apenas em razão da quantidade de droga apreendida, mas tendo em vista as circunstâncias e o modus operandi do delito - as circunstâncias em que o delito estava sendo cometido indicam que ele é dedicado à atividade criminosa e integra organização voltada ao tráfico, pois o réu relata participar de atividade criminosa com específica divisão de tarefas, onde cabia a ele apenas guardar a droga (e-STJ fl. 46).

3. Dessa forma, a Corte de origem se convenceu de que o paciente se dedicava, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional. Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático- probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 943.773/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/10/2024, D Je de 25/10/2024.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS SUSPEITAS IN CASU. ENTRADA NO DOMICÍLIO FRANQUEADA PELO PACIENTE. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO PARA AFASTAR AS CONCLUSÕES DA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO PRETÉRITA DEFINITIVA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. PRIVILÉGIO. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES DO PACIENTE. REGIME PRISIONAL INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. 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 residiu no fato de que havia denúncia prévia de que o paciente e o corréu, já conhecidos nos meios policiais, praticavam a traficância em sua residência. Em patrulhamento prévio, não obstante, o paciente franqueou a entrada na residência aos policiais, os quais, com uso de cães farejadores, encontraram drogas na residência. Houve confissão informal. Já as drogas efetivamente apreendidas (77 porções de crack: peso líquido de 10,9g), somada aos petrechos e ao dinheiro encontrados, somente reforçaram a necessidade da atuação estatal.

III - Afastada qualquer flagrante ilegalidade, importante esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático-probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal.

IV - Na dosimetria, tem-se que o paciente teve sua pena-base exasperada adequada e proporcionalmente em 1/6, com fundamentação própria, específica e concreta, por possuir duas condenações pretéritas, sendo que, ao menos, a condenação por roubo simples, proferida pela 24ª Vara Criminal da Comarca da Capital - SP (autos de origem n. 0083962-34.2001.8.26.0050), era definitiva.

V - Quanto ao privilégio, não apenas a natureza e a quantidade da droga apreendida se valeram para afastar a redutora. Somaram-se os maus antecedentes e o modus operandi. Com efeito, o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias se coadunam com o desta eg. Corte Superior, que é firme no sentido de que "No caso, tratando-se de réu que ostenta maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem" (AgRg no HC n. 557.615/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, D Je de 16/4/2020).

VI - Mantida a pena nos moldes estabelecidos pela fundamentação das instâncias ordinárias (5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto), não se verifica a hipótese de fixação de regime inicial mais brando ou substituição da pena aplicada, diante do quantum da pena aplicada (superior a 4 anos), somado aos maus antecedentes.

VII - Tal entendimento se coaduna ao julgado no RE n. 666.334/AM, em sede de repercussão geral (Tese n. 712), no qual o col. Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases do sopesamento das penas. VIII - No mesmo sentido, o recente entendimento firmado pela Terceira

Seção desta Corte Superior, no julgamento do R Esp n. 1.887.511/SP, verbis: "Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual (...). O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual (...). A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712) (...). A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa" (R Esp n. 1.887.511/SP, Terceira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, D Je de 1º/7/2021).

Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 713.775/SP, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 8/3/2022, D Je de 15/3/2022.)

Quanto ao pedido subsidiário da defesa, relativo a dosimetria da pena, não se vislumbra ilegalidade no cálculo da terceira fase pela não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da lei 11.343/06, dada discricionariedade do Juízo, que entendeu pelo conjunto probatório que os réus já praticavam o tráfico de drogas há algum tempo, tanto que estabeleceram uma estrutura interna com divisão de tarefas entre os envolvidos para viabilizar o comércio espúrio de entorpecentes, além da quantidade e variedade de drogas apreendidas. Vejamos (e-STJ, fls. 348/349):

"Inviável a aplicação do redutor da Lei de Drogas (art. 33, §4º, da Lei 11.343/06), pois, essa causa especial de redução de pena deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática de crime de tráfico ilícito de drogas, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas.

Sua aplicação se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no §4º, do artigo 33, da lei em comento, o que não ocorre no caso em testilha.

Isso porque o conjunto probatório indica que os réus já praticavam o tráfico de drogas há algum tempo e haviam estabelecido toda uma estrutura para viabilizar a operação do comércio ilícito. A polícia foi finalmente alertada sobre a atividade criminosa depois que outras pessoas, que haviam notado o modo como o tráfico estava sendo conduzido, decidiram denunciar. As informações fornecidas eram precisas e detalhadas.

De acordo com os relatos, a distribuição das drogas e o

recebimento do dinheiro das vendas eram feitos pelo indivíduo que possuía o VW/Gol. Um dos réus era responsável pela contabilidade, como evidenciado pelo fato de estar em posse de mais de R\$ 4.000,00 e de anotações que detalhavam as transações do tráfico. O outro réu, por sua vez, tinha a função de armazenar as drogas.

Ou seja, havia uma clara divisão de tarefas entre os envolvidos, o que demonstra a existência de uma estrutura organizada e revela que os réus faziam parte de uma associação criminosa.

Desta feita, entendo que não é o caso de diminuição da pena com aplicação do redutor da Lei de Drogas."

Neste sentido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROVA INDEPENDENTE. EFEITOS INFRINGENTES. NULIDADE AFASTADA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTO IDÔNEO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I. Caso em exame¹. Embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que desproveu agravo regimental.

2. Fato relevante. O embargante alega omissão no acórdão quanto à independência da prova obtida em revista realizada em área de livre acesso, conhecida como ponto de tráfico de drogas.

3. As decisões anteriores. O acórdão embargado não abordou a questão da independência da prova, limitando-se a analisar a abordagem pessoal ao réu.

II. Questão em discussão⁴. A questão em discussão consiste em saber se a prova obtida em área de livre acesso, considerada independente, pode sustentar a condenação, mesmo diante da ilicitude de outra prova.

III. Razões de decidir⁵. A Teoria da Fonte Independente, prevista no art. 157, § 2º, do CPP, permite que provas obtidas de forma independente sejam consideradas válidas, mesmo que outras provas sejam declaradas ilícitas.

6. A omissão no acórdão embargado foi reconhecida, pois não considerou a prova independente das drogas encontradas em área de livre acesso, apta a sustentar a condenação.

7. A jurisprudência do STJ admite a validade de provas independentes, desde que não haja vínculo causal com a prova ilícita, conforme precedentes citados.

8. É legítima a elevação da pena-base diante da elevada quantidade e variedade de droga encontrada, por encontrar fundamento legal no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

IV. Dispositivo e tese⁹. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial.

Teses de julgamento: "1. A Teoria da Fonte Independente permite a validade de provas obtidas de forma independente, mesmo diante da ilicitude de outras provas. 2. A omissão quanto à análise de prova independente constitui vício sanável por embargos de declaração. 3. É legítima a elevação da pena-base diante da elevada quantidade e variedade de droga encontrada, por encontrar fundamento legal no art. 42 da Lei n.

11.343/2006".

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 157, § 2º. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC n. 924.057/CE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/10/2024; STJ, AgRg no HC 722.827/SC, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma, julgado em 19.04.2022.

(E Dcl no AgRg no R Esp n. 2.145.109/CE, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/12/2024, D Je de 9/12/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FRAÇÃO PROPORCIONAL. PRECEDENTES. ADMISSÃO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO. ENUNCIADO N. 630 DA SÚMULA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador e está atrelada às particularidades fáticas do caso concreto, de forma que somente é passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade na fixação da pena.

2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como no caso, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Na hipótese, a pena-base foi exasperada de forma proporcional, em razão da quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas, elementos que claramente denotam a gravidade concreta da conduta, a exigir uma resposta mais enfática do julgador na fixação da pena. Precedentes.

4. É aplicável ao caso o teor do enunciado n. 630 da Súmula desta Corte, segundo o qual a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 935.003/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/11/2024, D Je de 3/12/2024.)

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

Analizando-se o conteúdo da documentação colacionada aos autos, não se verifica de plano qualquer violação ao ordenamento jurídico ou flagrante constrangimento ilegal, que implique ameaça de violência ou coação na liberdade de locomoção do paciente, nos termos da Lei nº 14.836, de 8/4/2024, publicada no Diário Oficial da União de 9/4/2024.

Pelo exposto, não conheço do habeas corpus substitutivo e, na análise de ofício, não visualizo elementos capazes de caracterizar flagrante ilegalidade.

Afirma a parte agravante que todas as provas foram obtidas de forma ilegal, pois: a busca domiciliar foi realizada sem mandado judicial, a abordagem policial foi baseada apenas em denúncia anônima, sem qualquer verificação prévia e, ainda, que não houve consentimento válido e informado para o ingresso dos policiais na residência do agravante. Ao final, sustenta que a pena foi excessiva.

Ocorre que, como já pontuado, restou concluído que a entrada na residência foi franqueada pelo próprio paciente, não havendo que se falar em ilegalidade. Além disso, destacou-se que materialidade e a autoria do crime foram comprovadas por diversos elementos constantes dos autos, tais como a confissão dos réus, a quantidade e variedade das drogas apreendidas e as circunstâncias da abordagem, conforme destaque (e-STJ fls. 335/336):

Em depoimentos harmônicos e coerentes, proferidos em ambas as fases da persecução penal, as testemunhas Marlon Nogueira Bárcao e Emerson Carlos da Silva, policiais militares, relataram que, no dia dos fatos, se dirigiram ao local após receberem uma denúncia anônima sobre tráfico de drogas envolvendo um veículo VW/Gol branco, com placa final 00, de propriedade de um indivíduo de prenome Wesley. De acordo com as informações recebidas, as transações financeiras ocorreriam por volta das 19h30, no imóvel de número 52. Ao chegarem ao local, os policiais avistaram dois indivíduos próximos a uma motocicleta Honda Fan 125, de cor vermelha e placas FHS6593. Ao perceberem a presença da viatura, os suspeitos correram, abandonando a moto no chão. Após uma breve perseguição, os policiais conseguiram deter Wallace, que portava R\$ 79,00 e informou que o outro indivíduo que havia fugido se chamava Carlos. Outra viatura policial, que também participava da operação, abordou Matheus, o qual foi identificado como o morador do imóvel de número 52, conforme descrito na denúncia anônima. Durante uma abordagem informal, Matheus confessou sua participação no tráfico de drogas e informou que as substâncias ilícitas estariam em sua residência. Ele ainda revelou que recebia R\$ 350,00 por semana de Wallace, em troca de armazenar as drogas. Após obterem autorização, os policiais adentraram a casa de Matheus e localizaram, em um buraco no sofá, uma mochila infantil contendo 240 porções de cocaína e 144 porções de crack. Além disso, durante a abordagem, Wallace também confirmou, de maneira informal, que era responsável por guardar os valores provenientes do tráfico em sua residência. Os policiais se dirigiram então à casa de Wallace, onde encontraram, dentro de uma sacola amarela de mercado, R\$ 4.408,00. Posteriormente, o VW/Gol branco de placas finais 00, ocupado por Wesley e Kauê, chegou ao local e foi abordado pelos policiais. Durante a busca no veículo, nada de ilícito foi encontrado e os ocupantes negaram envolvimento com tráfico de drogas. No entanto, os policiais encontraram anotações relacionadas ao tráfico no local da abordagem. Os policiais também informaram que a residência de Wallace ficava próxima à de Matheus, e que a abordagem ocorreu nas imediações dessas duas casas. A operação foi registrada pelas câmeras corporais dos policiais, que filmaram o momento em que os três indivíduos próximos à motocicleta fugiram, com Wallace sendo detido primeiro, seguido pela detenção de Matheus. Finalmente, Matheus confirmou ser o morador do imóvel número 52 e admitiu que recebia as drogas de Wesley, o motorista do VW/Gol. Durante a operação, os policiais também encontraram anotações que confirmavam as atividades

criminosas relacionadas ao tráfico de drogas (fls. 02/05 e média a fls. 191).

O entendimento se coaduna com a jurisprudência desta Corte, conforme destaque:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. NULIDADE. PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. BUSCA DOMICILIAR. JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO EM DOMICÍLIO. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICÁVEL. HABITUALIDADE DELITIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive, durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616, Relator Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, Repercussão Geral - DJE 9/5/1016 Public. 10/5/2016).

- No caso, não há ilegalidade na diligência de busca domiciliar realizada, pois, antes do ingresso na residência, havia justa causa para suspeitar que, no seu interior, ocorria delito em flagrante.

Nesse sentido, extrai-se do quadro fático-probatório delimitado pela instância a quo que os policiais visualizaram o agravante num ponto de venda de drogas, na posse de uma mochila, na companhia de outros indivíduos, e que ele procurou se evadir ao perceber a aproximação dos militares. Ademais, destacou-se que houve a confissão informal do suspeito de que haveria drogas no interior da residência. Assim, não tem lugar a absolvição do agravante, pois o procedimento de colheita da materialidade e da autoria delitivas foi hígido.

(...)

(AgRg no HC 843536 / SC, RELATOR Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 04/12/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 06/12/2023. Grifo Acrescido)

Além disso, quanto ao argumento acerca da dosimetria, a decisão destaca que aumento da pena em 1/6 pela quantidade e natureza das drogas foi considerado fundamentado e que não aplicação da redução do art. 33, §4º, da Lei de Drogas foi justificada porque o réu praticava o tráfico de forma habitual, com divisão de tarefas e estrutura organizada.

Reforço que a decisão monocrática agravada está de acordo com a jurisprudência da 5ª Turma desta Corte. Veja-se:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE ARMA DE USO RESTRITO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. BUSCA DOMICILIAR.

TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR A 2021. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DE FORMA RETROATIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DESCLASSIFICAÇÃO DE CRIME. DESNECESSIDADE. RÉU CONDENADO PELO ART. 16, DA LEI N. 10.286/2003. CRIME QUE TIPIFICA AS CONDUTAS DE POSSUIR E PORTAR. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Caso em exame¹. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do habeas corpus impetrado em favor do agravante, que pretendia o reconhecimento da nulidade da busca domiciliar ou a desclassificação do crime do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.286/2003, para o crime do art. 16, caput, da mesma Lei.

2. O Tribunal de origem rejeitou a revisão criminal quanto à alegada nulidade da busca domiciliar, afirmando que não houve violação de domicílio, pois os policiais estavam no local para cumprimento de mandado de busca e apreensão, e o ingresso na residência ocorreu com autorização da corré.

3. O acórdão revisional esclareceu que o paciente já foi condenado pelo crime de posse de arma de fogo, não havendo desclassificação a ser feita, pois a arma apreendida possuía sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado.

II. Questão em discussão⁴. A questão em discussão consiste em saber se há nulidade na busca domiciliar realizada com autorização da corré e se é possível a desclassificação do crime do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.286/2003, para o crime do art. 16, caput, da mesma Lei.

III. Razões de decidir⁵. **Não se verifica flagrante ilegalidade na busca domiciliar, pois o ingresso ocorreu com autorização da corré e em cumprimento de mandado de busca e apreensão.**

6. A alteração de entendimento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da condenação não autoriza a revisão criminal, sob pena de violação à segurança jurídica.

7. A desclassificação do crime não é cabível, pois a arma apreendida possuía sinal de identificação adulterado, conforme tipificado no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.286/2003.

IV. Dispositivo e tese⁸. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. Não há nulidade na busca domiciliar realizada com autorização da corré e em cumprimento de mandado de busca e apreensão. 2. A alteração de entendimento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado não autoriza revisão criminal. 3. A desclassificação do crime de posse de arma de fogo de uso restrito para posse de arma de fogo de uso permitido não é cabível quando a arma possui sinal de identificação adulterado".

Dispositivos relevantes citados: CR/1988, art. 5º, XI; CPP, art. 303; Lei n. 10.826/2003, art. 16, parágrafo único, inciso IV.

Jurisprudência relevante citada: STJ, HC 535.063/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, Terceira Seção, julgado em 10.06.2020; STF, AgRg no HC 180.365, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 27.03.2020; STF, AgR no HC 147.210, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 30.10.2018.

(AgRg no HC n. 917.069/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/12/2024, DJEN de 16/12/2024, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE À INTERESTADUALIDADE. ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. PRESCINDIBILIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade da droga (121,55 quilos de maconha) .

2. Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado a atividade criminosa. Nessa linha de raciocínio, recorde-se: a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que servem para evidenciar a dedicação do réu à atividade delitiva e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante em tela. Ausência de bis in idem.

3. **Se as instâncias ordinárias concluíram que o recorrente se dedicava a atividade criminosa, não há como rever tal entendimento na via do recurso especial, uma vez que a desconstituição do que lá ficou decidido implicaria, necessariamente, no revolvimento do conjunto fático-probatório. Súmula n. 7 do STJ.**

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a configuração da interestadualidade do crime de tráfico de entorpecentes prescinde da efetiva transposição de divisa interestadual pelo agente, sendo suficiente que haja a comprovação de que a substância tinha como destino outro Estado da Federação.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.211.415/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/3/2018, DJe de 21/3/2018, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATO. INCABÍVEL NA VIA ELEITA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

2. **Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu estar comprovado o envolvimento habitual do réu com a prática da narcotraficância, uma vez que "poucos meses depois de ser agraciado com a liberdade provisória nos presentes autos, retornou a atividade delitiva, ocasião em que foram apreendidas, novamente em sua residência, elevada quantidade de cocaína e**

maconha, a demonstrar, portanto, não ser mero traficante ocasional, o que inviabiliza a aplicação de tal benefício" (e-STJ, fl. 114). Assim, assentado pela instância ordinária, soberana na análise dos fatos, que o paciente é habitual na prática delitiva, 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.

3. Agravo não provido.

(AgRg no HC n. 645.238/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/3/2021, DJe de 19/3/2021, grifei)

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

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

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0444492-3

AgRg no
HC 963.044 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15011651820248260535 21153802024 297612024

EM MESA

JULGADO: 18/02/2025

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
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU : WALLACE ALFRED DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MATHEUS DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

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.