



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.595.830 - RJ (2016/0114707-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : AMILTON VIEIRA DA CUNHA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA. CRIME PERMANENTE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DISPENSABILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante delito da prática de crime previsto na Lei Antidrogas ou no Estatuto do Desarmamento, como ocorreu na hipótese em apreço, até porque referidos crimes possuem natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.595.830 - RJ (2016/0114707-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : AMILTON VIEIRA DA CUNHA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIAO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por AMILTON VIEIRA DA CUNHA contra a decisão unipessoal de fls. 447/454, por meio da qual, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, foi dado provimento ao recurso especial do *Parquet* para afastar a ilicitude da prova e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga na análise das demais questões aventadas no apelo defensivo.

Alega o agravante, em síntese, que o Estado deve buscar preservar a inviolabilidade do lar, motivo pelo qual o ingresso na residência do réu deveria ter sido precedido de autorização judicial, sem a qual configura-se a ilicitude das provas que embasaram a condenação.

Requer, ao final, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do pleito ao Colegiado, dando-se provimento à irresignação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.595.830 - RJ (2016/0114707-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Os elementos existentes nos autos indicam que o agravante foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03, e 333, *caput*, do Código Penal, na forma do art. 69 do CP, por trazer consigo e guardar 49,15g de maconha, para fins de comercialização ilegal, e 6 munições calibre .38, tendo oferecido a quantia de R\$ 1.000,00 a um policial com vista a obstar a prisão em flagrante.

Julgada procedente a imputação, o acusado foi condenado pelas condutas imputadas à pena total de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 188 dias-multa

A sentença foi reformada em apelação defensiva, absolvendo-se o agente com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Nas razões do apelo nobre, fulcrado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, o *Parquet* apontou a ocorrência de divergência jurisprudencial e contrariedade aos artigos 157, *caput* e § 1º, 283, *caput* e § 2º, 301 e 303, do Estatuto Processual Repressivo, sustentando que a natureza permanente do delito de tráfico de drogas e posse de arma faz o estado de flagrância persistir enquanto não cessar a conduta, o que autoriza o ingresso da polícia no domicílio em que realizada a prática, para apreensão dos entorpecentes, armas e munições, ainda que inexistente mandado judicial, não havendo que se falar em ilegalidade da prova produzida.

Após o juízo positivo de admissibilidade (fls. 334/335), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, se manifestado pelo provimento da irresignação (fls. 357/361).

Contrarrazões apresentadas pela Defensoria Pública da União às fls. 408/426.

Por decisão monocrática desta Relatoria, deu-se provimento ao recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial.

Daí a apresentação deste regimental.

A irrisignação, porém, não merece prosperar.

Acerca do tema em discussão, assim assentou o Tribunal estadual ao absolver o agravante, *litteris*:

In casu, os agentes estatais aduziram em Juízo que receberam denuncia anônima de que no bar do apelante havia tráfico de drogas e em lá chegando encontram o apelante que em revista pessoal foi possível arrecadar fins de tráfico 49,15g de maconha que trazia consigo. Após o encontro da droga foram até a residência onde foi possível arrecadar o restante das drogas e as seis munições, ocasião em que o apelante ofereceu ao policial militar Antonio Jose a quantia de R\$ 1.000,00 para que este se omitisse na prática de ato de ofício.

Do que se pode observar a diligência policial foi totalmente ilegal, eis que não fora autorizada a entrada dos agentes estatais na casa onde se encontrava apelante, tampouco havia qualquer autorização de busca no referido domicílio.

Frise-se, inclusive, que o fato de o sobrinho do apelante espontaneamente informar que havia droga e munições na residência de seu tio não legitima e não autoriza a entrada dos mesmos na residência, e muito menos torna legal a busca domiciliar realizada até por que não havia qualquer indicativo da prática de crime na casa em questão.

Não se pode olvidar que os agentes militares acharam inclusive o material bélico sob a pia da cozinha, o que a toda evidência denota uma busca domiciliar ilegal, eis que desprovida de qualquer autorização judicial.

A prova ilícita deriva da teoria americana da árvore dos frutos envenenados (fruits of the poisonous tree), segundo a qual a prova ilícita originária contamina aquelas que são sua consequência causal. No caso destes autos, contamina inclusive a apreensão do material entorpecente descrito na denúncia. (fl. 244)

Verifica-se, pois, que a Corte local considerou ilegal a apreensão de entorpecentes e munições realizada na residência do agravante, uma vez que não foi precedida de ordem judicial.

Contudo, deve ser afastada a aventada ilegalidade da prova do delito apreendida, uma vez que o mandado de busca e apreensão é desnecessário quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se trata de situação de flagrante de crime de natureza permanente, como a que ocorreu *in casu*.

Isso porque, embora o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, sendo excepcionado, por exemplo, em casos de flagrante delito, hipótese em que os policiais podem ingressar na residência sem necessidade de mandado e sem que haja prévia autorização do morador.

A propósito, colhe-se da doutrina:

Não há dúvida, assim, de que a busca domiciliar deve ser precedida da expedição de mandado, quando a autoridade policial ou judiciária não a realizar, pessoalmente, consoante a disciplina do art. 241 do Código de Processo Penal. No entanto, a desobediência a este preceito legal, o que poderia caracterizar ilicitude da prova, tem sido entendida pela jurisprudência pátria com acerto, como mera irregularidade, que não chega a invalidar a prova da existência do delito, mormente quando se está diante do delito permanente como é v.g., o delito de tráfico de entorpecentes, possível, pois, a prisão em flagrante do proprietário da droga enquanto não cessada a permanência do delito. (Fábio Aguiar Munhoz Soares. Prova ilícita no processo. De acordo com a Nova Reforma do Código de Processo Penal. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 94.)

Assim, extrai-se da passagem acima colacionada que é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante delito da prática de crime previsto na Lei Antidrogas ou no Estatuto do Desarmamento, como ocorreu na hipótese em apreço, até porque referidos crimes possuem natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência.

Nessa esteira é a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI N. 10.826/2003. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. SÚMULA 83/STJ. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PEÇAS CONSIDERADAS DE USO RESTRITO PELAS FORÇAS ARMADAS. FUNDAMENTO INATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. INADMISSIBILIDADE. ABOLITIO CRIMINIS. TERMO FINAL EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

23/10/2005. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. SÚMULA 83/STJ.

1. **Consoante entendimento desta Corte, em se tratando de crimes permanentes, é despicienda a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo permitido à autoridade policial ingressar no interior de domicílio em decorrência do estado de flagrância, não estando caracterizada a ilicitude da prova obtida.**

2. Verificando-se que o acórdão recorrido assentou seu entendimento em mais de um fundamento suficiente para manter o julgado, enquanto o recurso especial não abrangeu todos eles, correta a aplicação, na espécie, da Súmula 283/STF.

3. De outra parte, segundo a jurisprudência das Turmas integrantes da Terceira Seção deste Tribunal, a abolitio criminis temporária para a posse de armas de fogo e munições de uso restrito, proibido e com numeração suprimida ou raspada só persistiu até 23/10/2005.

Incidência da Súmula 83/STJ.

4. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 504.226/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 20/10/2015)

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO RESPALDADA NAS PROVAS DOS AUTOS. DESCONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. FLAGRANTE DELITO. CONSENTIMENTO DO MORADOR. DESNECESSIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NÃO CONSTANTE DA DENÚNCIA E CONSTANTE DO ÉDITO CONDENATÓRIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

1. A Corte a quo, após análise das provas constantes dos autos, reconheceu a culpabilidade do agente pela prática delitiva, razão pela qual conclusão em sentido contrário não caberia a este Tribunal Superior, por conta do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

2. **Estando o agente em situação de flagrante delito, tornam-se desnecessários para acesso ao seu domicílio, o mandado de busca e apreensão judicialmente autorizado, bem como o consentimento do morador.**

3. Não há falar em violação ao princípio da congruência, quando a vestibular acusatória descreve a mesma situação fática constante do édito condenatório.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1357515/DF, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 26/08/2011)

A mesma orientação é obtida do seguinte julgado do Supremo Tribunal

Federal:

Constitucional e penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Posse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de arma de fogo de uso permitido e tráfico de entorpecentes – arts. 12 da Lei n. 10.826/2003 e 33 da Lei n. 11.343/2006. Condenação em segundo grau. Trânsito em julgado. **Ilícitude da prova, tendo em conta a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal). Relativização da tutela constitucional em caso de flagrante, para prestar socorro ou por determinação judicial. Ocorrência, in casu, de flagrante.** Não cabimento do writ como sucedâneo de revisão criminal, ressalvados os casos de flagrante constrangimento ilegal. Inocorrência, in casu.

1. **A norma que tutela a inviolabilidade de domicílio, inserta no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, não é absoluta, cedendo “... em caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”** (HC74127, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 13/06/1997, e RHC 86082, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 22/08/2008).

2. In casu, consta na denúncia que “No dezessete de outubro, do ano de dois mil e oito, cerca das vinte e uma horas e trinta minutos, o denunciado foi preso em estado de flagrância [GRIFEI] por policiais militares lotados no 25º BPM, porque, com vontade livre e consciente, direcionada à prática do injusto, tinha em depósito e guardada, na sua residência, localizada na Rua da Capivaras, Travessa 07, nº 13 – Unamar, nesta cidade, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, aos usuários, certa quantidade de drogas capazes de determinar dependência física ou psíquica, denominadas Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida por maconha, e ainda, Cloridrato de Cocaína, popularmente conhecida como cocaína, destinadas ao efetivo exercício do nefando comércio das drogas da morte, além do Revólver, sem marca, calibre 38, com numeração raspada, regularmente municiado e em condições de ser utilizado na prática de ilícito penal, conforme noticiam o auto de apresentação e apreensão à fl. 04 e laudos toxicológico à fl. 06 e pericial de potencialidade ofensiva da arma, que será juntado oportunamente, cujas peças técnicas evidenciam a materialidade delitiva”. Por esses fatos, o paciente foi condenado, em 04/08/2010, pelo Tribunal de Justiça, à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e (20) vinte dias como incurso nos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 e 33 da Lei n. 11.343/06 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido e tráfico de entorpecentes)”.

3. Destarte, **o acesso de policiais à residência do paciente, em decorrência do flagrante delito, não tem a aptidão de eivar de ilicitude as provas ali colhidas**, in casu, maconha, cocaína e arma de fogo municiada, sobrevivendo acórdão que o condenou à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e (20) vinte dias pelos crimes tipificados nos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 e 33 da Lei n. 11.343/06 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido e tráfico de entorpecentes).

4. O Habeas corpus não é admissível como sucedâneo de revisão criminal, ressalvadas as hipóteses de flagrante constrangimento ilegal, o que não é o caso dos autos (RHC 107213/RS, rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cármem Lúcia, 1ª Turma, DJ de 21/6/2011; HC 107839/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 7/6/2011; HC 104462/SP, rel. Min. Cármem Lúcia, 1ª Turma, DJ de 27/6/2011; HC 102473/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 29/4/2011; HC 98681/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 15/4/2011).

5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(RHC 117159, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 29-11-2013 PUBLIC 02-12-2013)

Dessa forma, constata-se que a instância *a quo*, ao absolver a agravante com fundamento no art. 386, VI, do CPP, considerando ilícita a apreensão de entorpecentes e munições efetuada em sua residência sem prévia autorização judicial, dissentiu da jurisprudência do STJ e STF acerca do tema.

Por essas razões, **nega-se provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0114707-8

AgRg no
REsp 1.595.830 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007434020148190058 201625400145 7434020148190058

PAUTA: 06/04/2017

JULGADO: 06/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : AMILTON VIEIRA DA CUNHA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
FÁBIO GAMA SPINELLI E OUTRO(S) - RJ112505

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 : AMILTON VIEIRA DA CUNHA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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 Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.