



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2068468 - MG (2023/0137443-6)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
RECORRENTE : FLAVIA PEREIRA DAMACENO
RECORRENTE : ORLANDO TIAGO PIRES SANGUINETTE
ADVOGADO : MATEUS ALVES DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - MG197559
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA RECOLHIDA NA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA N. 284/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. OCORRÊNCIA. DENÚNCIA ANÔNIMA. APREENSÃO EM VIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE INDICASSEM A OCORRÊNCIA DE TRÁFICO NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA PORTE PARA CONSUMO PESSOAL. AUSÊNCIA DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

1. A ausência de indicação do dispositivo legal que teria sido supostamente violado inviabiliza o conhecimento do recurso especial, pois incide à espécie a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. No entanto, cabível a concessão de habeas corpus de ofício, para o reconhecimento da nulidade das provas colhidas dentro do domicílio, diante da flagrante ilegalidade detectada.

3. Nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância prolonga-se no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito.

4. Conforme entendimento firmado por esta Corte, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio sem autorização judicial, pois ausente, nessas situações, a justa causa para a medida.

5. Na espécie, não foram realizadas investigações prévias nem indicados elementos concretos que confirmassem o crime de tráfico de drogas

dentro da residência, não sendo suficiente, por si só, a notícia de que os recorrentes eram conhecidos dos meios policiais pela prática do tráfico de drogas ou a apreensão da droga em sua posse, em via pública.

6. Subsistem apenas as drogas apreendidas durante a busca pessoal (três cigarros de maconha). Todavia, verifica-se que é descabida a condenação por tráfico de drogas fundamentada na mera possibilidade de um usuário também ser traficante, ainda mais diante da apreensão da ínfima quantidade de drogas e da ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a mercancia de entorpecentes, o que permite a desclassificação da conduta imputada aos recorrentes para o delito de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

7. Não há a necessidade de revolvimento fático-probatório, tendo em vista que as provas e os fatos incontroversos estão devidamente consignados na sentença e no acórdão, bem como em razão de a discussão ser meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias ordinárias para condenar os réus pela prática do crime de tráfico de drogas.

8. Recurso especial não conhecido. *Habeas corpus* concedido de ofício, para reconhecer a nulidade das provas colhidas pelo ingresso em domicílio sem mandado judicial e absolver os recorrentes do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, desclassificando a conduta para aquela do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial e conceder habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de dezembro de 2023.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2068468 - MG (2023/0137443-6)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
RECORRENTE : FLAVIA PEREIRA DAMACENO
RECORRENTE : ORLANDO TIAGO PIRES SANGUINETTE
ADVOGADO : MATEUS ALVES DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - MG197559
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA RECOLHIDA NA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA N. 284/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. OCORRÊNCIA. DENÚNCIA ANÔNIMA. APREENSÃO EM VIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE INDICASSEM A OCORRÊNCIA DE TRÁFICO NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA PORTE PARA CONSUMO PESSOAL. AUSÊNCIA DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

1. A ausência de indicação do dispositivo legal que teria sido supostamente violado inviabiliza o conhecimento do recurso especial, pois incide à espécie a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. No entanto, cabível a concessão de habeas corpus de ofício, para o reconhecimento da nulidade das provas colhidas dentro do domicílio, diante da flagrante ilegalidade detectada.

3. Nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância prolonga-se no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito.

4. Conforme entendimento firmado por esta Corte, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio sem autorização judicial, pois ausente, nessas situações, a justa causa para a medida.

5. Na espécie, não foram realizadas investigações prévias nem indicados elementos concretos que confirmassem o crime de tráfico de drogas

dentro da residência, não sendo suficiente, por si só, a notícia de que os recorrentes eram conhecidos dos meios policiais pela prática do tráfico de drogas ou a apreensão da droga em sua posse, em via pública.

6. Subsistem apenas as drogas apreendidas durante a busca pessoal (três cigarros de maconha). Todavia, verifica-se que é descabida a condenação por tráfico de drogas fundamentada na mera possibilidade de um usuário também ser traficante, ainda mais diante da apreensão da ínfima quantidade de drogas e da ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a mercancia de entorpecentes, o que permite a desclassificação da conduta imputada aos recorrentes para o delito de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

7. Não há a necessidade de revolvimento fático-probatório, tendo em vista que as provas e os fatos incontroversos estão devidamente consignados na sentença e no acórdão, bem como em razão de a discussão ser meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias ordinárias para condenar os réus pela prática do crime de tráfico de drogas.

8. Recurso especial não conhecido. *Habeas corpus* concedido de ofício, para reconhecer a nulidade das provas colhidas pelo ingresso em domicílio sem mandado judicial e absolver os recorrentes do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, desclassificando a conduta para aquela do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado (fl. 478):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL- TRÁFICO DE DROGAS- PRELIMINAR- VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO- REJEIÇÃO- PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06- NÃO APLICAÇÃO- REGISTRO ATOS INFRACIONAIS- MAJORANTE DO ART. 40, VI DA LEI Nº11.343/06- DECOTE NECESSÁRIO- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - O ingresso policial em domicílio sem mandado judicial para busca e apreensão é legítimo quando existirem fundadas razões, como no caso concreto, especialmente nos crimes de tráfico de drogas considerados de natureza permanente.

- Inviável é o reconhecimento do privilégio diante da demonstração da dedicação do agente à atividade criminosa, não estando preenchidos os requisitos necessários do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006.

- Não comprovado que os réus praticaram o crime de tráfico de drogas com o envolvimento de menor de idade ou visando a atingir criança ou adolescente, deve ser decotada a causa de aumento prevista no artigo 40, VI, da Lei 11.343/06.

Consta dos autos que a recorrente FLÁVIA PEREIRA DAMACENO foi condenada à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 583 dias-multa, enquanto o recorrente ORLANDO TIAGO PIRES SANGUINETTE foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de

reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 680 dias-multa, ambos como incursos no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Na apelação, o Tribunal de origem afastou a causa de aumento do art. 40, VI, da referida lei, para redimensionar as penas, respectivamente, para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa e 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.

Os recorrentes interpuseram recurso especial, com fulcro no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, o qual foi admitido na origem.

Nas razões do especial, apontam os recorrentes a nulidade das provas oriundas do ingresso em domicílio dos policiais sem mandado judicial, fora das hipóteses legais. Afirmam que "no momento da abordagem os recorrentes estavam há aproximadamente 5 (cinco) metros de casa, os quais estavam deslocando para a casa da genitora do recorrente ORLANDO TIAGO PIRES SANGUINETTE, portando três cigarros de “maconha” que seria utilizado para o consumo pessoal do casal no decorrer do dia" (fl. 507).

Desse modo, não estaria presente a situação de urgência necessária para autorizar a entrada forçada no domicílio, sem um mandado judicial.

Por fim, a defesa alega a violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois a recorrente FLÁVIA teria preenchido todos os requisitos legais para fazer jus à minorante do tráfico privilegiado. Afinal, seria primária, portadora de bons antecedentes, não integraria organização criminosa ou se dedicaria a tais atividades. Ainda, afirma que a utilização de atos infracionais cometidos pela acusada não constitui fundamentação idônea para afastar a aplicação da figura do tráfico privilegiado.

Requerem o provimento do recurso especial para que seja reconhecida a nulidade das provas colhidas no flagrante, com a consequente absolvição do crime de tráfico e desclassificação da conduta para o porte para consumo pessoal. Mantida a condenação, a defesa requer a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado para a recorrente FLÁVIA.

Apresentadas as contrarrazões, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial do recurso especial, apenas quanto à arguição de ofensa ao art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, e o seu desprovimento nessa extensão.

É o relatório.

VOTO

Quanto à nulidade das provas, compulsando as razões do recurso especial, verifica-se que não foram indicados os dispositivos legais tidos por violados, limitando-se os recorrentes a apontarem a ausência de justa causa para o ingresso em domicílio sem mandado judicial, pelo que aplicável, à espécie, o comando da Súmula n. 284/STF. No mesmo sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL SUPOSTAMENTE TIDO POR VIOLADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. DECISÃO MANTIDA.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento firmado anteriormente, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - A ausência de indicação do dispositivo legal que teria sido supostamente violado inviabiliza o conhecimento do recurso especial, pois incide à espécie a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.142.060/BA, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 20/12/2022.)

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. SÚMULAS 284 DO STF E 7 DO STJ. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

2. Não se verifica a ocorrência de contradição no julgado, na medida em que o acórdão embargado negou provimento ao agravo regimental, diante da incidência, no caso, dos óbices das Súmulas 284 do STF e 7 do STJ. Na hipótese, o embargante, ao interpor o recurso especial, não indicou o artigo de lei federal supostamente violado; e a tese defensiva, acerca da inexigibilidade de conduta diversa, não foi acolhida na origem, de forma fundamentada, razão pela qual entender em sentido diverso demandaria revolvimento fático-probatório, incabível na via eleita.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp n. 1.961.910/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 18/3/2022.)

No entanto, consoante a jurisprudência desta Corte Superior, em casos de flagrante ilegalidade, é possível a concessão de *habeas corpus* de ofício, como no presente caso.

Quanto à preliminar de nulidade das provas pela invasão de domicílio, consta do acórdão recorrido (fls. 479-484):

Trata-se de apelação criminal interposta por FLÁVIA PEREIRA DAMACENO e ORLANDO TIAGO PIRES, já qualificados, contra a r. sentença (ordem 80), proferida pelo

MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Arinos/MG, que julgou procedente a denúncia, e condenou os apelantes como incurso nas sanções do art. 33, caput c/c art. 40, inciso VI da Lei 11.343/06, a primeira ré a pena de 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias- multa, em regime semiaberto, e o segundo réu a uma pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses, 20 (vinte) dias e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, em regime fechado.

Narra a denúncia:

“Consta dos autos que, no dia 14 de setembro de 2021, por volta das 11 horas, na Rua Cinco, Bairro Crispim Santana, nº 384, Arinos/MG, os denunciados, agindo dolosamente e cientes da ilicitude de suas condutas, guardavam e tinham em depósito drogas, para fins de comercialização, consistente em buchas/cigarros de substância denominada “maconha”, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo se apurou, a Polícia Militar desencadeou patrulhamentos rotineiros nas imediações da residência dos denunciados, em virtude de reiteradas denúncias do envolvimento de Orlando e Flávia no tráfico de drogas, bem como da utilização do infante, filho do casal, para transportar as drogas, sem atrair suspeitas. Nas circunstâncias acima descritas, durante patrulhamento, policiais militares abordaram os denunciados. Na ocasião, a denunciada Flávia estava na condução de uma bicicleta, estando o filho do casal posicionado numa cadeirinha acoplada à bicicleta, aguardando o denunciado Orlando Tiago trancar o portão da moradia. Ato contínuo, os denunciados foram submetidos ao procedimento de busca pessoal, sendo encontrado, escondido entre os pertences da criança, 03 (três) cigarros de substância semelhante à maconha, prontos para comercialização. **Sucessivamente, os policiais realizaram buscas na residência do casal, onde foram localizadas, sobre um móvel no interior de um quarto, uma sacola plástica contendo 51 (cinquenta e uma) buchas de substância semelhante à maconha, embaladas prontas para serem comercializadas, além de 2 (dois) rolos de papel filme e a quantia de R\$720,00 (setecentos e vinte reais), procedendo-se à apreensão, conforme auto à fl. 15.** Submetidas à exame preliminar (fls. 34/35), as substâncias comportaram-se como maconha, totalizando a quantidade de 92,66g (noventa e dois gramas e sessenta e seis centigramas).”

A denúncia foi recebida em 09/12/2021 (ordem 34), tendo o processo seguido seus trâmites regulares, culminando com a r. sentença de ordem 80.

Em razões anexadas sob nº de ordem 111, os réus sustentam, preliminarmente, a nulidade da prova obtida, sob alegação de violação de domicílio.

Acolhida a preliminar, em relação aos 03 (três) cigarros de maconha encontrados na bicicleta da ré Flávia, requerem a desclassificação do delito de tráfico de drogas para o previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

Caso não acolhida a preliminar, defendem a aplicação do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 quanto à ré Flávia.

Por fim, requerem o decote da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI da Lei nº 11.343/06.

Contrarrazões pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso, para que seja decotada a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI da Lei nº 11.343/06 (ordem 119).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (ordem 125).

É o breve relatório. Passo ao voto.

Admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da preliminar de violação de domicílio

Alegam os recorrentes, em sede preliminar, a nulidade da prova obtida diante da violação de domicílio, sob alegação de que os policiais não tiveram autorização dos moradores para ingressar na residência onde as drogas teriam sido apreendidas. Verifica-se, no caso em exame, que diante do recebimento de denúncias anônimas de que os réus estariam traficando na casa que residiam, os policiais intensificaram o patrulhamento e abordagens pelo local, sendo que em um dos patrulhamentos o réu chegou a evadir, pulando um muro.

Na data descrita na denúncia, ao realizarem o patrulhamento, os policiais se depararam com os réus: a ré numa bicicleta com seu filho e o réu trancando a porta da casa, sendo-lhe feita a busca pessoal e nada encontrando.

Contudo, nos pertences da criança, foram achados 03 (três) cigarros de maconha, dentro da cesta da bicicleta. Diante de tal circunstância, foi acionado apoio policial, tendo sido realizada uma busca pelo imóvel.

A garantia constitucional à inviolabilidade de domicílio que está prevista no art. 5º comporta exceções:

“XI - 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;” – grifei.

Sabe-se que o delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 é considerado permanente, prolongando a sua consumação no tempo, não se exigindo assim apresentação prévia de mandado de busca e apreensão face ao estado flagrancial.

[...]

Observa-se que, foram apreendidos, na residência dos apelantes, uma sacola plástica contendo 51 (cinquenta e uma) buchas de substância semelhante à maconha, embaladas e prontas para serem comercializadas, além de 02 (dois) rolos de papel filme e a quantia de R\$720,00 (setecentos e vinte reais), fato este que demonstra a concretude a situação flagrancial, a necessidade de atuação iminente da polícia e a veracidade das denúncias recebidas.

Cediço pois, que os réus praticaram o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade de “ter em depósito”, crime permanente, o que justifica a entrada na residência, sobretudo em caso de flagrante delito, como é o caso dos autos, e, a meu ver, não há que se falar em violação de domicílio, devendo ser rejeitada a preliminar.

Assim, não acolhida a preliminar (em relação à droga apreendida no interior da residência), prejudicada se mostra a análise do pedido de desclassificação do delito do tráfico de drogas para o uso (art. 28 da Lei nº 11.434/06), visto que, em sendo reconhecida a nulidade da apreensão pela violação de domicílio, o pedido de desclassificação se referia aos 03 (três) cigarros de maconha encontrados na bicicleta da ré Flávia.

Conforme entendimento firmado nesta Corte Superior, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado. Apesar de nos crimes permanentes o estado de flagrância se protrair no tempo, tal circunstância não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos e seguros de que, naquele momento, dentro da residência, encontra-se uma situação de flagrância.

Consoante julgamento do RE n. 603.616/RO, pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária certeza quanto à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a

justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o flagrante delito.

Como vê, após receberem denúncias anônimas de que o imóvel seria utilizado como ponto de tráfico de drogas, os policiais realizaram o patrulhamento, ocasião em que se depararam com os réus: a ré numa bicicleta, com seu filho e o réu, trancando a porta da casa, sendo-lhe feita a busca pessoal e nada encontrando. Contudo, nos pertences da criança, foram achados três cigarros de maconha, dentro da cesta da bicicleta. Diante de tal circunstância, foi acionado apoio policial, tendo sido realizada uma busca pelo imóvel.

No entanto, não foram realizadas investigações prévias nem indicados elementos concretos que confirmassem o crime de tráfico de drogas dentro da residência, não sendo suficiente, por si só, a notícia de que os recorrentes eram conhecidos dos meios policiais pela prática do tráfico de drogas ou a apreensão da droga em sua posse, em via pública, como na espécie. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), 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.

3. Na hipótese, compreendo que não havia fundadas razões acerca da prática de crime permanente a autorizar o ingresso no domicílio do paciente, pois a entrada no lar foi justificada com base na alegação dos policiais de que houve uma denúncia anônima a respeito da prática do tráfico de drogas pelo réu, razão pela qual o abordaram em via pública. Em revista pessoal, localizaram uma porção de maconha no bolso dele, o que motivou a continuidade da diligência no interior da residência, com a suposta autorização do acusado.

4. As regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que o réu haveria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu domicílio, franqueando àqueles a apreensão de objetos ilícitos e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

5. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da

Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão das referidas substâncias.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 802.494/GO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/10/2023, DJe de 18/10/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, submetido à sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento de que a "entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados".

2. O Ministro Rogerio Schietti Cruz, ao discorrer acerca da controvérsia objeto desta irresignação no REsp n. 1.574.681/RS, bem destacou que "a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar" (SEXTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 30/5/2017).

3. No caso em tela, os agentes policiais alegaram ter recebido denúncia anônima da prática de tráfico de drogas na residência, onde ingressaram e flagraram o ora agravado e correu em posse de aproximadamente 2,883kg (dois quilos e oitocentos e oitenta e três gramas) de maconha e 48g (quarenta e oito gramas) de cocaína.

4. "Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador" (HC n. 685.593/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 19/10/2021, grifei.) 5. Na presente hipótese, nem sequer foi arrolada como testemunha ou informante a pessoa que, alegadamente, autorizou o ingresso dos agentes policiais.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 829.067/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ENTRADA NO DOMICÍLIO DO RÉU. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NULIDADE DA DILIGÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A análise da moldura fática amalhada aos autos evidencia que não havia fundadas razões acerca da prática de crime permanente a autorizar o ingresso no domicílio do réu, uma vez que decorreu dos seguintes elementos: a) denúncia anônima sobre a prática de crime de tráfico de drogas no local; b) abordagem do réu, em frente à casa, com a localização de uma arma de fogo e algumas porções de cocaína; c) suposta confissão do agravado acerca da guarda de entorpecentes em sua morada e anuência com o ingresso dos agentes para realização da busca.

2. Tais circunstâncias não são suficientes, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, para lastrear a diligência de busca e apreensão domiciliar, quando ausente autorização judicial para tanto.

3. Agravo não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.251.387/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 3/10/2023.)

Dessa forma, são ilícitas as provas decorrentes do ingresso em domicílio sem

mandado judicial. Com isso, subsistem apenas as drogas apreendidas nos pertences do filho do casal durante a busca pessoal (três cigarros de maconha). Todavia, apesar da situação aviltante, não foram indicados elementos concretos reveladores da mercancia. Verifica-se que é descabida a condenação por tráfico de drogas fundamentada na mera possibilidade de um usuário também ser traficante, ainda mais diante da apreensão da ínfima quantidade de drogas e da ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a mercancia de entorpecentes, o que permite a desclassificação da conduta imputada aos recorrentes para o delito de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

Além disso, a mera denúncia anônima acerca de eventual cometimento do crime de tráfico de drogas não serve para embasar uma condenação se não houver demais elementos probatórios que indiquem de forma concreta a mercancia dos entorpecentes.

Ressalta-se que não há a necessidade de revolvimento fático-probatório, tendo em vista que as provas e os fatos incontroversos estão devidamente consignados na sentença e no acórdão, bem como em razão de a discussão ser meramente jurídica. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS CONCLUSIVAS ACERCA DO NARCOTRÁFICO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É entendimento pacífico da jurisprudência - tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal - de que a pretensão de desclassificação de um delito exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, em recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ.

2. No caso, a condenação pelo delito de tráfico de drogas se baseou na confissão informal do réu e na quantidade de droga apreendida (14,18 g de maconha). Entretanto, além de ter sido pequena a quantidade de droga apreendida, em nenhum momento, o agravante foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros; ou seja, ele não foi encontrado, na rua, em situação de traficância.

3. A confissão informal, isoladamente, não pode servir de arrimo à condenação, pois, inclusive, por ser tomada "sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito" (HC n. 22.371/RJ, Rel. Ministro Paulo Gallotti, 6ª T., DJe 31/3/2003).

4. Nada impede que um portador de pequena quantidade de droga, a depender das peculiaridades do caso concreto, seja um traficante, travestido de usuário, ocasião em que, "desmascarado" pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, deverá ser assim condenado. No entanto, na espécie ora em análise, a apreensão dessa quantidade de drogas e a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância evidenciam ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, o que conduz à desclassificação da conduta imputada ao recorrido para o delito de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

5. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta

imputada ao réu não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado em recurso especial, a teor do enunciado na Súmula n. 7 do STJ. O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias ordinárias para condenar o réu pela prática do crime de tráfico de drogas.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.369.120/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 21/9/2020.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS CONCLUSIVAS ACERCA DO NARCOTRÁFICO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É entendimento pacífico da jurisprudência - tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal - de que a pretensão de desclassificação de um delito exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, em recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ.

2. No caso, embora o réu haja sido preso em flagrante em local conhecido por intenso tráfico de drogas, ele, em nenhum momento, foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros (aliás, nem vendendo, nem comprando drogas); ou seja, ele não foi encontrado, na rua, em situação de traficância. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da prática de tráfico de drogas pelo recorrente; não houve, ainda, uma investigação anterior que apontasse o réu como traficante. Apenas houve a apreensão de pequena quantidade de drogas em seu poder (12, 89 gramas de cocaína). De outro lado, a própria defesa não negou a propriedade da droga, afirmando, no entanto, que era para consumo próprio. Ainda, mas não menos importante, vale o registro que o réu, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes.

3. A conclusão das instâncias de origem (e do próprio Ministério Público Federal) de que o réu seria traficante pelo simples local em que foi preso em flagrante - em bairro conhecido por intenso tráfico de drogas - foi firmada com base apenas em indício de que ele seria traficante de drogas, e não em elementos robustos e conclusivos de que estaria havendo a prática do crime de tráfico. Vale dizer, o que se tem dos elementos coligidos aos autos é apenas a intuição acerca de eventual traficância praticada pelo agravado. Somente aliado a outros meios de prova é que o local da abordagem do réu poderia basear o convencimento do juiz acerca da traficância. Não há, pois, como subsistir a conclusão de que houve a prática do crime de tráfico de drogas.

4. Nada impede que um portador de 12 gramas de cocaína, a depender das peculiaridades do caso concreto, seja um traficante, travestido de usuário, ocasião em que, "desmascarado" pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, deverá ser assim condenado. No entanto, na espécie ora em análise, a apreensão de apenas essa quantidade de drogas e a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância evidenciam ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, o que conduz à desclassificação da conduta imputada ao recorrido para o delito de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

5. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado em recurso especial, a teor do enunciado na Súmula n. 7 do STJ. O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias ordinárias para condenar o réu pela prática

do crime de tráfico de drogas.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.636.869/AM, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/5/2020, DJe de 28/5/2020.)

Consequentemente, deve ser extinta a punibilidade dos acusados, diante do cumprimento de medida mais severa do que a pena aplicável. Isso porque os recorrentes foram presos em flagrante, em 14/9/2021, mas a recorrente FLÁVIA somente foi solta por ocasião da sentença condenatória, proferida em 17/3/2022, que lhe concedeu o direito de recorrer em liberdade, enquanto o recorrente ORLANDO teve mantida a prisão preventiva.

Desclassificada a conduta e extinta a punibilidade, fica prejudicada a tese de incidência da minorante do tráfico privilegiado.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial. Concedo o *habeas corpus*, de ofício, para reconhecer a nulidade das provas colhidas pelo ingresso em domicílio sem mandado judicial e absolver os recorrentes do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, desclassificando a conduta para aquela do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, ocasião em que declaro extinta a punibilidade diante do cumprimento de medida mais severa do que a pena aplicável.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2023/0137443-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.068.468 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00063762720218130778 10000221471675001 10000221471675002
63762720218130778

PAUTA: 05/12/2023

JULGADO: 05/12/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FLAVIA PEREIRA DAMACENO

RECORRENTE : ORLANDO TIAGO PIRES SANGUINETTE

ADVOGADO : MATEUS ALVES DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) -
MG197559

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial e concedeu habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.