



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 828903 - RJ (2023/0193022-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CASSIANO DA SILVA BRAUNA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. LEGALIDADE DA DILIGÊNCIA POLICIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO VÍNCULO ASSOCIATIVO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado pela defesa de condenado por tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico (arts. 33 e 35, c/c o art. 40, IV, da Lei 11.343/2006), além de concurso material (art. 69 do Código Penal), com pena de 12 anos, 4 meses e 12 dias de reclusão em regime fechado, e 1.795 dias-multa. A defesa pleiteia a nulidade das provas obtidas por suposta violação de domicílio, a absolvição pelo crime de associação para o tráfico e a redução da pena-base.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se houve ilicitude das provas obtidas mediante violação de domicílio; (ii) estabelecer se há provas suficientes para a condenação pelo crime de associação para o tráfico; (iii) determinar se houve fundamentação idônea para o aumento da pena-base do crime de tráfico.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A entrada no domicílio do réu é considerada válida, dadas informações de serviço de inteligência, denúncias especificadas

e mandado de prisão em aberto. A ação policial se deu em flagrante delito, conforme autorizado pela Constituição.

4. O crime de associação para o tráfico está comprovado por elementos que demonstram a estabilidade e permanência do vínculo associativo. O paciente desempenhava a função de “vapor” do tráfico de drogas, com emprego de arma de fogo devidamente municiada, sendo comprovado vínculo com organização criminosa, com função definida e auferindo renda com sua atividade.

5. A quantidade de droga apreendida (31g de *crack*) não é suficiente para justificar o aumento desproporcional da pena-base. O art. 42 da Lei 11.343/2006 estabelece a preponderância da natureza e quantidade da droga, mas, no caso, a quantidade apreendida não configura fundamento idôneo para o agravamento.

6. A agravante da reincidência foi fixada em patamar superior a 1/6 sem fundamentação idônea, em contrariedade à jurisprudência desta Corte.

IV. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 28 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 828903 - RJ (2023/0193022-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CASSIANO DA SILVA BRAUNA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. LEGALIDADE DA DILIGÊNCIA POLICIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO VÍNCULO ASSOCIATIVO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado pela defesa de condenado por tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico (arts. 33 e 35, c/c o art. 40, IV, da Lei 11.343/2006), além de concurso material (art. 69 do Código Penal), com pena de 12 anos, 4 meses e 12 dias de reclusão em regime fechado, e 1.795 dias-multa. A defesa pleiteia a nulidade das provas obtidas por suposta violação de domicílio, a absolvição pelo crime de associação para o tráfico e a redução da pena-base.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se houve ilicitude das provas obtidas mediante violação de domicílio; (ii) estabelecer se há provas suficientes para a condenação pelo crime de associação para o tráfico; (iii) determinar se houve fundamentação idônea para o aumento da pena-base do crime de tráfico.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A entrada no domicílio do réu é considerada válida, dadas informações de serviço de inteligência, denúncias especificadas

e mandado de prisão em aberto. A ação policial se deu em flagrante delito, conforme autorizado pela Constituição.

4. O crime de associação para o tráfico está comprovado por elementos que demonstram a estabilidade e permanência do vínculo associativo. O paciente desempenhava a função de “vapor” do tráfico de drogas, com emprego de arma de fogo devidamente municiada, sendo comprovado vínculo com organização criminosa, com função definida e auferindo renda com sua atividade.

5. A quantidade de droga apreendida (31g de *crack*) não é suficiente para justificar o aumento desproporcional da pena-base. O art. 42 da Lei 11.343/2006 estabelece a preponderância da natureza e quantidade da droga, mas, no caso, a quantidade apreendida não configura fundamento idôneo para o agravamento.

6. A agravante da reincidência foi fixada em patamar superior a 1/6 sem fundamentação idônea, em contrariedade à jurisprudência desta Corte.

IV. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de CASSIANO DA SILVA BRAUNA contra acórdão de fls. 157-171, assim ementado:

APELAÇÃO. Artigos 33, caput, e 35, ambos c/c 40, IV, todos da Lei 11.343/06, na forma do 69, do Código Penal. Condenação. RECURSO DEFENSIVO. Preliminares. Reconhecimento de nulidade de todas as provas ilícitas obtidas em razão da violação de domicílio do acusado. Reconhecimento de nulidade do processo, diante da quebra da cadeia de custódia, com a absolvição do réu. Reconhecimento de inépcia da denúncia. Mérito. Absolvição dos delitos, com fulcro na ausência ou insuficiência probatória. Redução das penas-base do delito de tráfico ilícito de drogas ao mínimo legal.

1. Preliminares. Rejeição. Para invocação de eventual tese de nulidade absoluta ou relativa deve se demonstrar, de forma concreta, o prejuízo para a Acusação e/ou para Defesa, com base no Princípio do prejuízo, conforme os artigos 563 e 566, do Código de Processo Penal e o entendimento dos Tribunais Superiores, não tendo a Defesa, no caso concreto, cuidado de fazê-lo. 1.1 Aos depoimentos de policiais civis (dotados da presunção relativa de legalidade/legitimidade, a teor do verbete sumulado nº 70, desse Tribunal de Justiça) confirmando a fundada suspeita para a realização da busca na residência do réu, baseada em elementos concretos capazes de consubstanciar a justa causa necessária para tanto, não se impõe nulidade. No caso, a partir de informação recebida do Setor de Inteligência, verificou-se que, o réu tinha Mandado de Prisão pendente de cumprimento e que ele estaria escondido em determinado endereço. Ao chegarem ao local, uma mulher abriu a porta da residência e, em seguida, os policiais

visualizaram o réu em seu interior, instante em que efetuaram sua captura, e ali encontraram todo o material ilícito apreendido, justificando o seu ingresso no referido imóvel, em virtude de flagrante delito e em razão da comprovada fundada suspeita, além da confissão efetuada pelo próprio réu de que integrava o tráfico de drogas local, evidenciando os delitos de tráfico ilícito de drogas e associação para este fim, natureza permanente. 1.2 A ausência de lacre nos Laudos Periciais não pode gerar, por si só, a quebra da cadeia de custódia da prova, ainda mais quando a Defesa não traz quaisquer indícios mínimos no sentido de que os materiais apreendidos foram adulterados ou corrompidos. Não há, assim, nos autos, qualquer comprovação relativa à ausência de correto armazenamento da prova colhida ou eventual irregularidade que inviabilizou sua produção de maneira idônea, presumindo-se a observância da cadeia de custódia da prova. 1.3 Se a denúncia preenche os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, vez que descreve condutas em tese tipificadas em lei como criminosas, bem como suas circunstâncias, tendo sido, ainda, elaborada com base nos elementos que os autos ofereciam à ocasião, não se exigindo que, no momento da deflagração da ação penal, todos eles fossem conhecidos, mas, apenas que, permitissem o oferecimento da acusação e o exercício da ampla defesa, não há como considerá-la inepta.

2. Mérito. A ausência de dúvidas acerca da materialidade e da autoria do crime de tráfico ilícito de drogas, à vista da segura prova oral produzida, além da quantidade de droga apreendida, embalada para venda, somadas às demais circunstâncias da prisão, indicam destinava-se ao tráfico ilícito, elementos suficientes a invalidar o pedido de absolvição pelo delito do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Aplicação do verbete sumulado nº 70, desse Tribunal de Justiça.

3. À configuração do crime de associação para o tráfico ilícito de drogas, previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, é imprescindível a verificação do elemento subjetivo do tipo, qual seja o animus associativo, consubstanciado na convergência de vontade do agente em se unir de forma reiterada ou não, com a finalidade de exercer o referido comércio, o que, no caso concreto, ficou claramente comprovado, especialmente pelas circunstâncias da prisão em flagrante e porque ele estava associado a outros indivíduos não identificados, todos subordinados à organização criminosa "Comando Vermelho", que domina a localidade conhecida como "Comunidade da Rua Sete", situada em Duque de Caxias, com função previamente definida (desempenhando a função de "vapor" do tráfico de drogas) e com emprego de arma de fogo municada, além de outros materiais, configurada, assim, a necessária affectio societate para a prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

4. A fixação das penas-base envolve análise subjetiva do Julgador e deve observar os artigos 42 e 43, ambos da Lei 11.343/06, bem como os artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, em atenção à Teoria mista da pena, de prevenção e reprovação ao crime, sem olvidar da aplicação dos Princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além das peculiaridades do caso concreto. Na hipótese, em relação ao crime de tráfico ilícito de drogas, o ora Apelante apresenta uma circunstância judicial desfavorável (natureza e quantidade da droga - crack), pelo que correta, proporcional e razoável, bem como devidamente fundamentada, a fixação de suas penas-base operada na Sentença.

PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DESPROVIDO.

O paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos c/c o art. 40, IV, todos da Lei 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, à pena de 12 anos, 4 meses e 12 dias de reclusão, em regime fechado, e 1.795 dias-multa.

Foram apreendidos, conforme a denúncia, 31g de *crack*, acondicionados em 310 porções, além de "uma pistola 9mm, municada, em cima da cama", "2 carregadores de pistola e 3 munições de calibre .38", além de "dois rádios comunicadores portáteis, dois carregadores de rádio e dois cadernos de anotação" (fls. 38-39).

A defesa alega, em síntese, ilicitude das provas obtidas mediante violação de domicílio, ausência de provas suficientes para a condenação pelo crime de associação para o tráfico e ausência de fundamentação válida para o acréscimo da pena-base.

Requer a concessão da ordem para absolver o paciente ou reduzir as penas aplicadas.

É o relatório.

VOTO

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

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

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

Nessa esteira, na busca de um verdadeiro direito penal do equilíbrio, conforme expressão consagrada por Rogério Greco, deve-se realizar um necessário

juízo de ponderação e cotejo de valores, levando-se em consideração a inexistência de direitos absolutos.

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

Eis a ementa do julgado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

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

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a matéria foi debatida e aclarada no julgamento do HC n. 608.405/PE, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 14/4/2021:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INViolÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. COMPROVAÇÃO DA VOLUNTARIEDADE. ÔNUS ESTATAL. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ANULAÇÃO DA DEMANDA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição da República, consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori” (RE n. 603.616/RO, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, DJe 2/3/2021), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que, do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. 4. O contexto fático delineado nos autos não serviu de suporte para justificar a ocorrência de uma situação de flagrante que autorizasse a violação de domicílio. Em outros termos, as circunstâncias que antecederam o ingresso dos policiais na residência do réu não evidenciaram, quantum satis e de

modo objetivo, as fundadas razões que justificassem a entrada na sua morada, de maneira que a simples avaliação subjetiva dos agentes estatais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso no domicílio. 5. As regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos servidores castrenses de que o paciente ou os pedreiros, que trabalhavam no local, ou o locatário do sítio (este, inclusive, declarou a propriedade de todo o material lá encontrado) teriam autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do acusado, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor do réu. 6. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a captura de crack, após invasão desautorizada da residência do paciente –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre o ingresso no domicílio (permeado de ilicitude) e a apreensão das substâncias entorpecentes. 7. Justifica-se a anulação da demanda judicial, se são ilegais os elementos de convicção colhidos por meio da entrada ilícita no domicílio do réu, se eles deram suporte à peça acusatória ofertada e contaminaram todas as evidências daí decorrentes. A falta de plausibilidade jurídica para a diligência afeta a própria instauração da persecução criminal, assim como todas as provas que dela se sucederam. 8. Ordem concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas pelo ingresso no domicílio do paciente, sem o seu consentimento válido, e as que dela decorreram e, em consequência, anular, ab initio, a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que apoiada em dados supervenientes, obtidos com atenção aos limites definidos no art. 5º, XI, da Constituição da República, e com estrita observância aos ditames previstos no art. 41 do Código de Processo Penal.

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

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

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

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

2. No caso, verifica-se a existência de justa causa para a entrada no

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

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

3. Agravo regimental improvido.

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

Acerca da nulidade afirmada pela defesa, assim se manifestou o Tribunal de origem (e-STJ fls. 164-166):

Os depoimentos dos policiais civis (dotados da presunção relativa de legalidade/legitimidade, a teor do verbete sumulado nº 70, desse Tribunal de Justiça) confirmaram (Docs. 000181, 000184 e 000186) a fundada suspeita para a realização da busca na residência do réu, baseada em elementos concretos capazes de consubstanciar a justa causa necessária para tanto.

Segundo eles - Alexandre Machado Panza e Júlio Cesar Ferreira Gaspar -, **a partir de informação recebida do Setor de Inteligência, verificou-se que, o réu possuía Mandado de Prisão pendente de cumprimento e que este estaria escondido em determinado endereço.**

Ao chegarem ao local, uma mulher abriu a porta da residência e, em seguida, os policiais visualizaram o réu em seu interior, instante em que efetuaram sua captura, e ali encontraram todo o material ilícito apreendido, justificando o seu ingresso no referido imóvel, em virtude de flagrante delito e em razão da comprovada fundada suspeita, além da confissão efetuada pelo próprio réu de que integrava o tráfico de drogas local, ostentando, os delitos de tráfico ilícito de drogas e associação para este fim, natureza permanente.

A teor da Sentença recorrida (Doc. 000263):

“(…) Da preliminar de violação de domicílio

Em que pese os esforços da defesa técnica, não merece ser acolhida a preliminar suscitada.

Releva destacar, a priori, que uma das exceções ao princípio da inviolabilidade de domicílio é exatamente encontrar-se o agente em situação de flagrante delito, como na hipótese em tela, conforme previsão expressa constitucional.

Nesse sentido, parte da jurisprudência pátria sustenta que o mandado de busca e apreensão será prescindível para o ingresso em domicílio quando a polícia tem notícia da ocorrência, in loco, de delito de natureza permanente, cujo momento consumativo se prolonga no tempo, sendo este o caso tratado nos autos.

Dessa forma, revela-se plenamente dispensável o mandado de

busca e apreensão ou permissão do morador para ingresso no domicílio, ante o estado flagrancial em que o réu se encontrava, frisando-se que os agentes da lei, após informação acerca do armazenamento de armas e drogas na aludida residência, procederam ao local, resultando a diligência na apreensão de material entorpecente e de drogas indicados na denúncia e na consequente prisão em flagrante dos acusados.

Assim, ausente qualquer pretensão para abarcar a tese pretendida pela defesa técnica de reconhecimento de suposta nulidade das provas ante a comprovada inocorrência de qualquer violação a direito individual do réu. (...) (...)

*Releva destacar, ademais, que na forma do depoimento das testemunhas arroladas pela acusação, policiais civis, em juízo, sob o crivo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, na hipótese dos autos, eles teriam relatado que o **acusado, antes de ser preso, havia saído de um baile funk e estaria em uma casa na comunidade. Em seguida, os agentes da lei realizaram um cerco na residência em que supostamente estaria o réu, ocasião em que um morador da vila abriu o portão e franqueou a entrada, vindo os agentes a visualizarem o acusado deitado na cama. Ao adentrarem no imóvel, por notórias suspeitas de lá dentro possuir material entorpecente e armas de fogo, o réu, de imediato, indicou onde se localizavam os artefatos, carregadores e uma bolsa contendo material entorpecente. Cumpre salientar, novamente, que os policiais civis somente adentraram na residência após serem franqueados por uma outra pessoa que residia na localidade.***

Por todo o exposto, REJEITO a preliminar suscitada. (...)”.

Portanto, sem amparo a tese de nulidade com base na violação de domicílio do acusado.

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

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. MERA REITERAÇÃO. HC 868.544/MG. ACÓRDÃOS DISTINTOS. MESMO PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Na espécie, a entrada em domicílio se deu em razão do cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor do paciente. Sendo assim, os policiais possuíam legitimidade para adentrar no imóvel para cumprimento da diligência de busca, o que afasta, de plano, o apontado constrangimento ilegal. Ademais, foram realizadas diligências prévias para sua localização, sendo que a busca no endereço em que foi encontrado o paciente decorreu de ação policial legítima.

2. Quanto ao decreto de prisão preventiva, embora o presente mandamus se insurja contra acórdão distinto, tem-se que possui o mesmo pedido e causa de pedir do Habeas Corpus n. 868.544/MG, da

minha relatoria, publicado no DJe de 26/2/2024, ocasião em que não verifiquei ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus de ofício. É de se considerar que é pacífico o entendimento firmado nesta Corte de que não se conhece de habeas corpus cuja questão já tenha sido objeto de análise em oportunidade diversa, tratando-se de mera reiteração de pedido.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 914.627/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 15/8/2024.)

A revisão do entendimento das instâncias ordinárias demandaria ampla dilação probatória, incabível na via estreita do *habeas corpus*.

A condenação pelo crime do art. 35 da Lei 11.343/2006 foi assim fundamentada (fls. 107-108):

Relativamente ao crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11343/2006, de igual maneira merece prosperar a pretensão punitiva estatal, uma vez que o quadro probatório, nesse aspecto, se mostra com a necessária averiguação ao patamar de ser reconhecida a existência do ilícito em epígrafe com relação ao acusado.

A materialidade infracional encontra-se revelada pelo registro de ocorrência de index 07/09, aditado em index 10/12, pelo auto de apreensão de index 13/14, pelo laudo de exame prévio de entorpecente de index 19/20, pelo laudo de exame de entorpecente de index 25/26, pelos termos de declaração de index 28/29, 31/32 e 53/54, pela decisão do flagrante de index 36/38, pelo Laudo de descrição de material de index 171/174, pelo laudo de exame de descrição de material de index 202/203, pelo laudo de exame de descrição de material de index 209/2010, bem como pelo laudo de exame em arma de fogo e munições de index 212/216.

A autoria relacionada ao crime de associação para o tráfico é tal qualmente incontendível, como ver-se-á a seguir.

*Como é cediço o crime de associação ao tráfico exige, como um de seus elementos, a *societas sceleris*, ou seja, o vínculo associativo, demandando, portanto, uma atuação conjugada de parceiros, destacando-se que, além da atuação conjugada referida, deve-se ter também comprovada a estabilidade da associação.*

É certo, portanto, que o crime previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/2006 exige a comprovação da estabilidade e permanência do vínculo associativo.

*Especificadamente no caso em análise há elementos mais do que suficientes para autorizar a condenação perseguida pelo Ministério Público, tendo em vista que não há como ser assentida a existência de uma ligação meramente eventual, esporádica, frágil ou descompromissada entre o réu e a facção criminoso a que decerto estão intimamente associados, havendo fundamentos concretos para permitir a sua condenação, diante da **demonstração factual e plena do vínculo estável e de caráter permanente entre ele e o comando vermelho, especificamente orientado à comercialização de drogas**, fazendo disso um antijurídico negócio entre eles extremamente rendoso.*

O conjunto probatório extraído dos autos mostra-se satisfatório para se ter como configurada a associação em caráter

permanente do réu com a facção criminosa autointitulada comando vermelho, máxime pela apreensão, no momento da prisão em flagrante, de grande quantidade de material entorpecente.

Note-se que, conforme se apurou, o acusado foi preso em flagrante com farta quantidade de droga, embalada, pronta para a venda, além de armamento de calibre pesado, e atuava, destacadamente, para o movimento de drogas na comunidade citada na denúncia, local dominado pela facção criminosa autodenominada comando vermelho, fato que indica a estabilidade da associação. Cabe destacar, de acordo com os depoimentos colacionados aos autos, que a Comunidade Rua 7 é altamente controlada pela citada organização criminosa, visto que há diversas pichações nos muros das ruas e vielas da comunidade indicando que quem domina a região, certamente, é a facção comando vermelho

Além disso, nesta Comarca, é fato incontestável que a suprarreferida facção criminosa não permite a traficância avulsa, ou seja, para traficar na área militarmente dominada é preciso integrá-la, até porque a eventual traficância avulsa implicará fatalmente na morte com requintes de crueldade e barbarismo daquele que ousar desafiar a nefasta facção criminosa comando vermelho, que tantos males vem causando a população ordeira deste Estado.

Impreterível se ter em mente que a respeito do crime de associação para o tráfico (artigo 35, da Lei nº 11.343/2006), este restou configurado, posto que presentes todos os elementos caracterizadores da infração penal em balanço.

Encontra-se globalmente demonstrado o vínculo estável e de caráter permanente entre o réu e a malta criminosa "comando vermelho".

Não há que se falar em acerto pontual, não se podendo desconsiderar a efetiva existência de um ajuste permanente entre o réu e a facção criminosa a que integra seguramente, caso contrário JAMAIS poderia traficar naquela específica região "governada", comandada, submetida, regida e chefiada por aquela violentíssima facção criminosa, que subjuga todos os moradores e transeuntes da região pela força das armas de guerra que ilicitamente seus componentes desfilam à luz do dia em via pública em tripúdio e zombaria do Estado brasileiro e dos cidadãos pacatos e cumpridores da lei.

A prova dos autos autoriza a condenação do réu pelo delito de associação ao tráfico, haja vista que os elementos concretos existentes levam à conclusão, de que restou comprovada a presença de associação estável e manifestamente organizada para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, sendo certo que somente a utopia, a concepção fantasiosa da prática da vida ou mesmo uma ingenuidade incompatível com a dura e pedregosa realidade a que sociedade deste Estado encontra-se vivendo, cercada de violência e criminalidade por todos os lados, numa escalada tipicamente configuradora de uma "guerra civil", pode fazer supor que o réu estaria livremente e de forma avulsa e impune traficando num território explorado por uma sistemática facção criminosa tão metodicamente organizada, disciplinada e guiada hierarquicamente, e que utiliza técnicas de guerrilha, terrorismo e barbárie para impor a morte aqueles que ousam desafiar seu poderio bélico cada vez mais robusto e sem controle.

A autoria do crime de associação para o tráfico decorre da prova oral e documental produzida nos autos, as quais revelam que o réu mantinha associação estável e permanente para a prática de delitos de tráfico de

drogas.

Do acórdão extraem-se os seguintes fundamentos (fl. 170):

Isso se justifica pelas circunstâncias da prisão em flagrante e porque ele estava associado a outros indivíduos não identificados, todos subordinados à organização criminosa “Comando Vermelho”, que domina a localidade conhecida como “Comunidade da Rua Sete”, situada em Duque de Caxias, com função previamente definida (desempenhando a função de “vapor” do tráfico de drogas) e com emprego de arma de fogo devidamente municada (Doc. 000212), além de outros materiais (Docs. 000171, 000173, 000202 e 000209), configurada, assim, a necessária affectio societate para a prática do crime de tráfico ilícito de drogas, inviabilizando a pretensão absolutória. Com efeito, a prova evidencia que, o acusado integrava a referida sociedade, com ânimo voltado à prática do crime de tráfico ilícito de drogas, com função definida e auferindo renda com sua atividade.

Verifica-se que as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, apontaram elementos que evidenciam a estabilidade e a permanência exigida para a configuração do crime de associação para o tráfico. Destacou-se que o paciente desempenhava a função de “vapor” do tráfico de drogas, com emprego de arma de fogo devidamente municada, e que integrava a referida sociedade, com ânimo voltado à prática do crime de tráfico ilícito de drogas, com função definida e auferindo renda com sua atividade.

A revisão de tal entendimento exigiria dilação probatória, incabível na via estreita do *habeas corpus*. Confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...] II - Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Trata-se, portanto, de delito de concurso necessário. "(HC 434.880/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 09/04/2018).

III - Na hipótese, o Tribunal de origem se apoiou em robusto conjunto probatório para impor a condenação ao paciente, consignando que a movimentação da organização criminosa integrada pelo paciente estava sendo monitorada há tempos pela polícia, tendo sido

constatada a "existência de um vínculo associativo perene entre este e agentes de organização criminosa, que possuíam divisão de tarefas específicas", restando devidamente comprovado "por meio de prova testemunhal e documental que ele era incumbido de guardar e distribuir cocaína na região, além de recolher o dinheiro arrecadado com mercancia ilícita", de modo estável e duradouro.

IV - Diversamente do que foi alegado pela defesa, o que avulta do contexto fático delineado pela col. Corte a quo é uma reunião de indivíduos, ainda que não identificados, que se associaram, reiteradamente, para a mercancia de substâncias ilícitas. Qualquer incursão que escape a moldura fática já apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 776.037/MT, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGA. NULIDADE DA CONDENAÇÃO POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. PRÉVIA INVESTIGAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 35 DA LAD. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

IV - Primeiramente, no tocante alegação de que "embora a associação para o tráfico de drogas seja um delito de concurso necessário, o paciente foi o único condenado pelo crime do art. 35, caput, da Lei Drogas, não tendo se identificado os supostos demais integrantes do suposto grupo criminoso" (fl. 28), afere-se do excerto colacionado a demonstração da estabilidade e permanência do vínculo associativo para a prática do tráfico de drogas com terceiros não identificados, mediante exaustiva análise dos fatos e provas angariados aos autos, o que não impede o reconhecimento da associação. Precedentes.

V - Nessa perspectiva, se as instâncias ordinárias, diante da valoração plena das provas obtidas no curso da ação penal, entenderam, de forma fundamentada, que o paciente praticou os crimes pelos quais foi condenado, afastando, minuciosamente, as teses defensivas de insuficiência probatória e o exame de tais alegações por esta Corte Superior de Justiça demandaria exame aprofundado do acervo fático-probatório, inviável, repita-se, na via eleita. Precedentes.

[...] Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 785.067/MS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 22/2/2023.)

Adiante, quanto à impugnação aos termos da dosimetria, certo é que é cediça a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "(...) A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade. (...)\" (HC 595958 / SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, data do julgamento 18/8/2020, data da publicação/fonte DJe 24/8/2020)

Ou seja, a revisão da dosimetria na esfera de *habeas corpus* "é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios" (HC n. 304.083/PR, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

A defesa alega que a quantidade de droga apreendida não constitui fundamento válido para o aumento da pena-base do crime do art. 33 da Lei de Drogas.

A pena-base foi assim estabelecida:

*Em atenção às diretrizes estabelecidas nos artigos 42 da Lei 11.343/06, que estabelece as circunstâncias judiciais preponderantes e 59 do Código Penal, verifica-se que é **desfavorável a quantidade da droga apreendida 31g (trinta e um gramas) da substância entorpecente Cloridrato de Cocaína ("crack")** em pequenos blocos de formatos irregulares ("pedrinhas"), acondicionados em 310 (trezentos e dez) pequenos sacos de plástico incolor, prontos para venda e, posteriormente, consumo. Assim, analisadas individualmente as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E 583 (QUINHENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS-MULTA.*

A teor do art. 42 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância entorpecente são preponderantes sobre o previsto no art. 59 do CP e serão consideradas na fixação da pena.

No caso, entretanto, o aumento efetuado na primeira fase dosimétrica está fundamentado somente na natureza e nocividade da droga (31g de *crack*), o que não se revela fundamento idôneo, sobretudo, em razão da quantidade de entorpecentes não ser expressiva.

Por fim, verifico haver flagrante ilegalidade na segunda fase da dosimetria, ante a ausência de fundamentação idônea na fixação da agravante da reincidência em patamar superior a 1/6.

Com efeito, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o aumento para cada agravante ou de diminuição para cada atenuante deve ser realizado em **1/6** da pena-base, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar concretamente fundamentado (AgRg no REsp n. 2.069.190/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 13/9/2023.)

Passo a redimensionar a pena.

Para o crime de tráfico de drogas, afastado o aumento levado a efeito na origem, a pena-base vai reduzida a 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, a pena sofre acréscimo de 1/6, pela reincidência, alcançando 5 anos e 10 meses e 583 dias-multa. Na terceira fase, incide a majorante do art. 40, IV, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/6, resultando 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 680 dias-multa.

Para o delito de associação para o tráfico, fixada a pena-base no mínimo legal de 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, incide a agravante da reincidência na fração de 1/6, o que resulta 3 anos e 6 meses de reclusão e 816 dias-multa. Na terceira fase, incide a majorante do art. 40, IV, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/6, resultando 4 anos e 1 mês de reclusão e 952 dias-multa.

Pela regra do concurso material de crimes, somam-se as penas aplicadas, resultando no total de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 1.632 dias-multa. Mantido o regime fechado.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem de *habeas corpus* pleiteada, para reduzir a pena do paciente a 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 1.632 dias-multa.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0193022-9

HC 828.903 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01519029420208190001 060037032020 1519029420208190001 60037032020

PAUTA: 26/11/2024

JULGADO: 26/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CASSIANO DA SILVA BRAUNA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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