



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2080824 - SP (2023/0214286-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : JOYCE HALLYSON DA LUZ MACHADO
ADVOGADO : MARILEY GUEDES LEÃO - SP192473
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO PELA BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. NÃO OCORRÊNCIA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL QUE NÃO AUTORIZA O ACOLHIMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. NEGATIVA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I. CASO EM EXMAE

1. Recurso especial interposto contra acórdão que julgou improcedente revisão criminal, validando a busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial, em razão de flagrante delito de crime permanente, consistente no tráfico de drogas.
2. Fato relevante. A entrada no domicílio foi justificada por informações pormenorizadas sobre a prática delitiva, com a fuga do corréu para o interior do domicílio ao visualizar a viatura, o que gera fundada suspeita do cometimento de crime permanente previamente noticiada.
3. As decisões anteriores. O Tribunal de origem rejeitou a alegação de nulidade da busca domiciliar, considerando a situação de flagrante delito e a natureza permanente do crime de tráfico de drogas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, em caso de flagrante delito, foi realizada com base em fundadas razões que justifiquem a mitigação do direito à inviolabilidade domiciliar, bem como se a mudança superveniente do entendimento jurisprudencial pode desconstituir a coisa julgada.

III. RAZÕES DE DECIDIR.

5. No caso concreto, a ação policial foi considerada válida diante da suspeita da prática de crime de natureza permanente, o que legitimaria à época dos fatos a incursão policial

independentemente de mandado judicial, na forma do entendimento então consolidado.

7. Em homenagem à segurança jurídica, eventual mudança do entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, como ocorre no presente caso.

8. Quanto à dosimetria, não há falar em *bis in idem*, uma vez que é possível a valoração negativa dos maus antecedentes para majorar a pena-base e, na terceira fase, negar a incidência da minorante do tráfico privilegiado.

IV. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO

ACÓRDÃO

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 20 de fevereiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2080824 - SP (2023/0214286-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : JOYCE HALLYSON DA LUZ MACHADO
ADVOGADO : MARILEY GUEDES LEÃO - SP192473
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO PELA BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. NÃO OCORRÊNCIA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL QUE NÃO AUTORIZA O ACOLHIMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. NEGATIVA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I. CASO EM EXMAE

1. Recurso especial interposto contra acórdão que julgou improcedente revisão criminal, validando a busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial, em razão de flagrante delito de crime permanente, consistente no tráfico de drogas.

2. Fato relevante. A entrada no domicílio foi justificada por informações pormenorizadas sobre a prática delitiva, com a fuga do corréu para o interior do domicílio ao visualizar a viatura, o que gera fundada suspeita do cometimento de crime permanente previamente noticiada.

3. As decisões anteriores. O Tribunal de origem rejeitou a alegação de nulidade da busca domiciliar, considerando a situação de flagrante delito e a natureza permanente do crime de tráfico de drogas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, em caso de flagrante delito, foi realizada com base em fundadas razões que justifiquem a mitigação do direito à inviolabilidade domiciliar, bem como se a mudança superveniente do entendimento jurisprudencial pode deconstituir a coisa julgada.

III. RAZÕES DE DECIDIR.

5. No caso concreto, a ação policial foi considerada válida diante da suspeita da prática de crime de natureza permanente, o que legitimaria à época dos fatos a incursão policial

independentemente de mandado judicial, na forma do entendimento então consolidado.

7. Em homenagem à segurança jurídica, eventual mudança do entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, como ocorre no presente caso.

8. Quanto à dosimetria, não há falar em *bis in idem*, uma vez que é possível a valoração negativa dos maus antecedentes para majorar a pena-base e, na terceira fase, negar a incidência da minorante do tráfico privilegiado.

IV. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. (319-320):

Trata-se de recurso especial interposto por JOYCE HALLYSON DA LUZ MACHADO com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da revisão criminal n.º 2137379-80.2022.8.26.0000.

A recorrente fora condenada à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas. Nas razões da revisão criminal aviada na origem alegou-se “nulidade processual decorrente da invasão de domicílio por parte dos policiais que procederam à prisão em flagrante, diante da ausência de prévia investigação que justificasse a entrada deles na residência.”

Sustentou-se, igualmente, “nulidade no reconhecimento pessoal, que não obedeceu ao previsto no artigo 266 do Código de Processo Penal”, bem como condenação baseada em elementos insuficientes, no caso, “os depoimentos dos policiais responsáveis pela ocorrência.” (fls. 111/112)

O Tribunal a quo conheceu parcialmente, e nesta extensão, julgou improcedente a revisional e na sequência rejeitou os aclaratórios formulados. (fls. 111/121, fls. 127/132, fls. 230/236)

No apelo nobre a recorrente alega violação aos artigos 240, § 1º, e 244, caput, ambos do Código de Processo Penal, haja vista que “no caso em testilha os policiais se valeram de mera denúncia anônima, abordando o recorrente na porta de sua residência, sem qualquer elemento objetivo que os conferissem fundadas razões para a revista pessoal.” (fl. 246)

Ademais, “em juízo o recorrente afirmou que não autorizou a entrada dos policiais em sua residência, restando isoladas as versões dos milicianos nos autos. Diante disso, verifica-se que há nítido prejuízo à lei infraconstitucional, eis que viola o Princípio do Fruto da Árvore Envenenada, pois a ilicitude das provas é cristalina desde seu nascedouro, o que não pode ser admitido, devendo ser desentranhada dos autos, de acordo com o que preconiza o art. 157 do Código de Processo Penal.” (fl. 247)

Outrossim, “a quantidade de drogas foi utilizada em DUAS ETAPAS da dosimetria da pena, isto é, na primeira fase para majorada em 1/3 e na

terceira fase para afastar o redutor do parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos: Ora, teratológica é a decisão, na medida em que nega a superioridade do Tema 712 do Supremo Tribunal Federal...” (fls. 250/251)

Pediu-se, “o provimento do presente recurso especial para ser reconhecida a ilicitude da prisão e todos os atos decorrentes da abordagem, determinando-se o trancamento da ação penal, alternativamente, a readequação da pena, aplicando-se o parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, na forma como estabelecido na forma inicial.” (fl. 246)

Contrarrazões do Ministério Público encontram-se às fls. 266/273.

Despacho positivo de “parcial” admissibilidade, fls. 285/287.

Subindo o recurso vieram os autos, digitalizados, com vista ao Ministério Público Federal para elaboração de parecer.

É o relatório.

A defesa alega, em síntese, o emprego de meio de prova ilícito, decorrente de violação domiciliar desprovida de fundadas razões, além de requerer a revisão da dosimetria, defendendo a existência de *bis in idem* pois a existência de antecedentes criminais foi utilizada na primeira e terceira fase, para não aplicar a minorante do tráfico privilegiado.

Requer o provimento do recurso especial, para obter a declaração de nulidade da prova impugnada, absolvendo o recorrente ou, de forma subsidiária, seja reduzida a pena.

O parecer do MPF é pelo desprovimento do recurso especial (fls. 318-322).

É o relatório.

VOTO

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

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

Somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra

possível vulnerar o direito em questão e configurar legítima intervenção restritiva do Estado.

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

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

Eis a ementa do julgado:

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

fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

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

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

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO 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. AGRADO 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, ao rejeitar revisional ajuizada (e-STJ fls. 115-120-grifei):

[...]

Pois bem.

Quanto à preliminar de nulidade arguida, não há que se falar em invasão de domicílio sem prévia investigação que a fundamentasse, pois a petionária foi presa em flagrante delito na posse de grande quantidade e variedade de drogas, após notícia anônima de popular que vivia na região.

Ademais, como bem colocado no v. acórdão impugnado: “o ingresso no domicílio trata-se de uma causa especial de exclusão da ilicitude, com relação aos delitos de violação de domicílio, previsto no artigo 150, § 3º, II, do Código Penal. Podendo sobrevir diante da ocorrência de uma das hipóteses de flagrância elencadas no artigo 302, do Código de Processo Penal.

Verifica-se, no caso em apreço, que a recorrente estava, juntamente com dois indivíduos, cometendo a infração penal, assim sendo, a entrada na casa para interromper a prática do delito não demanda ordem judicial, e pode ser feita durante o dia ou à noite.

O delito trata-se de crime permanente, podendo haver a prisão em flagrante enquanto mantida a permanência do ilícito. Amparado pelo artigo 5º, inciso XI, da Carta Magna. De modo que não há que se falar em desobediência ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio” (fls. 46).

O crime imputado à ré é considerado como de caráter permanente, ou seja, sua consumação se arrasta no tempo, ensejando o estado de flagrância a qualquer momento, o que torna desnecessário o mandado judicial para a realização da apreensão do entorpecente em sua residência.

[...]

Em relação à dosimetria, é caso de conhecimento, entretanto, fica o pedido indeferido.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada 2/5 acima do mínimo legal, tendo em vista “existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no artigo 42, da Lei de Drogas e artigo 59, 'caput', o Código Penal, diante dos maus antecedentes da recorrente e da quantidade, natureza e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, 'maconha', cocaína e 'crack', seu enorme poder viciante causando danos sociais em grade escala nesse País” (fls. 52), perfazendo 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, no piso legal.

O aumento está devidamente justificado.

A ré possui antecedentes criminais (fls. 207/208 dos autos originários) e, de acordo com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas são preponderantes sobre as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Na segunda fase, ao contrário do alegado pela peticionária, não foram consideradas agravantes (reincidência) ou atenuantes.

Na terceira fase, a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, foi devidamente afastada, uma vez que comprovados os antecedentes criminais da ré.

O § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é claro ao prever que: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Quanto à inaplicabilidade dos antecedentes criminais, de se ressaltar que não se trata de bis in idem, tendo em vista não haver duplicidade de repressão pelo mesmo fato, mas, sim, indica que o agente merece maior punição, porquanto, apesar de já apenado, insiste em manter-se avesso aos ditames da lei e aos padrões sociais, deixando evidenciado que expiação anterior não foi suficiente.

Ademais, até por uma questão de justiça, não seria proporcional que o criminoso com circunstâncias judiciais favoráveis recebesse, pelo mesmo fato, idêntica pena em relação àquele que é contumaz violador da lei penal.

Do contrário, teríamos uma série de situações previstas na lei penal que configurariam a invocada dupla apenação: impeditivo para a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos; para a concessão do sursis; para a fixação de regime prisional mais brando etc..

Da análise do excerto colacionado, verifico que a incursão policial foi devidamente fundamentada em entendimento jurisprudencial vigente à época dos fatos da persecução penal, no sentido de que a prática de crime permanente, como é o caso de tráfico de drogas, justificaria o ingresso policial, sendo certo que eventual mudança posterior deste entendimento não tem o condão de desconstituir a coisa julgada, como é o caso dos autos, na qual a controvérsia é posta em sede de revisão criminal.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU O HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE DE INVASÃO DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - É cediço que em se tratando de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico de drogas, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio de quem esteja em situação de flagrante delito, não havendo que se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida.

III - Vale dizer, em outras palavras, que o estado flagrancial do delito de tráfico de drogas consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição, não havendo se falar, pois, em eventual ilegalidade na entrada dos policiais na residência da agravante, pois o mandado de busca e apreensão é dispensável em tais hipóteses.

IV - In casu, pelo que se afere dos autos, conclui-se que a diligência policial não decorreu de mera suspeita, mas da existência de indícios veementes de que a agravante se dedica ao delito de tráfico de drogas. Inclusive as denúncias anônimas motivaram a realização de procedimento investigativo pelos policiais militares, que ao visualizaram uma motocicleta Biz de cor preta, sob a qual havia denúncias informando que uma mulher a utilizava para entregar drogas, a abordaram, tendo ficado constatado que a agravante realizava a prática da mercancia ilícita, a própria confessou a traficância, bem como informou haver drogas em sua residência, situação que justificou o deslocamento dos agentes e o ingresso dos policiais na residência da agravante. Ressalte-se, ainda, que, consta nos autos que a entrada na residência foi franqueada pela agravante (fls. 47-49). Dessarte, considerando flagrante do tráfico ilícito de entorpecente materializada na conduta da agravante de guardar a droga em sua residência, bem como considerando o flagrante do tráfico ilícito, caracterizado está o flagrante de crime permanente, mostrando-se prescindível o mandado judicial in casu, a despeito da devida autorização da residente.

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 772.023/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022, grifei)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. VÍCIO NA INTIMAÇÃO DO PACIENTE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. ABSOLVIÇÃO. IN DUBIO PRO REO. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. RECONHECIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. PENA DEFINITIVA MANTIDA EM 5 ANOS DE RECLUSÃO. PENA RESTRITIVA DE

DIREITOS E MODIFICAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA. CONDENAÇÃO PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126292. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. FILHOS COM IDADES INFERIORES A 12 ANOS DE IDADE. AUSÊNCIA DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. No que tange à ilicitude da prova em face da invasão de domicílio, é assente nesta Corte Superior o entendimento de que por ser permanente o crime de tráfico de entorpecentes, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio. Precedentes.

[...].

10. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 356.810/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 26/9/2016, grifei)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVISÃO CRIMINAL INADMITIDA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE SETE ANOS. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. NÃO CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Correta a decisão que inadmitiu a revisão criminal fundada no art. 621, I, do Código de Processo Penal, uma vez que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o conhecimento de pleito revisional para aplicação de novo posicionamento desta Corte (AgRg no HC 439.815/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/9/2019, DJe 17/9/2019).

2. A tese firmada no Repetitivo n. 1139 - segundo a qual "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006" - foi acolhida em decisão datada de 10/8/2022. Na hipótese, o privilégio foi negado ao agravante com base em circunstâncias fáticas do flagrante e também em razão de sua extensa ficha criminal, conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, firmada à época no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 926.073/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/9/2024, DJe de 20/9/2024, grifei)

Por fim, não há falar em *bis in idem* na dosimetria, uma vez que é possível a valoração negativa dos maus antecedentes para majorar a pena-base e, dada a ausência do requisito atinente à primariedade e bons antecedentes, negar a incidência da minorante do tráfico privilegiado.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. INVALIDADE. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE. AUMENTO PROPORCIONAL. MINORANTE ESPECIAL DA LEI DE DROGAS. INAPLICABILIDADE. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CP. VALIDADE. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO. QUANTUM DA PENA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A tese de ilegalidade da busca pessoal e de exclusão da causa de aumento do art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 não foram objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede o conhecimento dos temas diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Hipótese em que não há desproporcionalidade no aumento da pena-base em 7 anos de reclusão, tendo como fundamento a culpabilidade do réu, os antecedentes e as circunstâncias do crime (diversidade das drogas - maconha, skunk e cocaína - a indicar uma diversidade de fornecedores diferentes), além da quantidade e natureza da droga (568kg de cocaína, 4.258kg de maconha e 3 quilos de skunk, conhecida por "supermaconha").

3. É incabível a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ao condenado portador de maus antecedentes, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem.

4. O tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

5. Estabelecida a pena em patamar superior a 8 anos, o regime inicial fechado é o adequado para o início do cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 863.123/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 25/4/2024, grifei)

Pelo exposto, **nego provimento** ao recurso especial.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0214286-0

REsp 2.080.824 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15020731920178260536 1502073192017826053617442017 17442017
21373798020228260000 2137379802022826000050000

PAUTA: 18/02/2025

JULGADO: 18/02/2025

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOYCE HALLYSON DA LUZ MACHADO

ADVOGADO : MARILEY GUEDES LEÃO - SP192473

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial."

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