



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 724341 - SP (2022/0045908-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO DOS SANTOS
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO DOS SANTOS - SP446680
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON FABRICIO DA SILVA FERNANDES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DOMICILIAR NÃO CARACTERIZADA. IMÓVEL DESABITADO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. PROPRIEDADE DAS DROGAS. MERAS PRESUNÇÕES. INVIABILIDADE. VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. EXCEPCIONAL AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO MINISTERIAL. ORDEM CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON FABRICIO DA SILVA FERNANDES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Criminal n. 0028852-49.2015.8.26.0506.

Consta nos autos que o Paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, "*porque, de acordo com a denúncia, nas circunstâncias de tempo e espaço nela descritas, guardava e mantinha em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para entrega a consumo de terceiros, mediante venda, 805,79g (oitocentos e cinco gramas e setecentos e noventa miligramas) da substância vulgarmente conhecida como 'cocáína' (composto Metil benzoil ecgonina), nas formas de cocáína e crack*" (fl. 21).

O Juízo de primeira instância julgou improcedente a ação penal e absolveu o réu com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

A apelação interposta pelo Ministério Público foi provida para condenar o Paciente por infringir o art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à penal total de 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 720 (setecentos e vinte) dias-multa (fls. 29-36).

Neste *habeas corpus*, alega a nulidade da ação penal em razão da ausência de fundadas razões para o ingresso domiciliar. Nesse sentido, argumenta que "*uma vez que as*

substâncias ilícitas e os demais objetos foram achados na residência após uma invasão ilegal, não há que se falar em flagrante. Ou seja, no momento em que a droga e os produtos foram encontrados, a ação policial não estava respaldada pela lei, o que macula a prova material amealhada na ocasião" (fl. 6).

Argumenta a falta de elementos a indicar a prova de autoria. Nesse sentido, pondera que: "(1) o veículo estava registrado em nome de terceiro e não foi apreendido para investigação; (2) o paciente não reside na residência onde foram encontradas as drogas; (3) a denúncia não indicou o paciente como autor do delito; (4) o paciente indicou que possuía ocupação lícita" (fl. 14).

Enfatiza a desproporcionalidade na exasperação da pena-base.

Argumenta que a reincidência específica não autoriza agravar a pena em patamar superior a 1/6 (um sexto).

Requer a concessão da ordem para absolver o Paciente. Subsidiariamente, a revisão da dosimetria da pena.

As informações foram apresentadas (fls. 54-85 e 95-98).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 89-93).

É o relatório. Decido.

Nos termos do art. 5.º, inciso XI, da Constituição da República, *"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"*.

A jurisprudência firmada inicialmente nas Cortes de Vértice, reverberada nos Tribunais locais, era no sentido de que os agentes policiais podiam ingressar em domicílio, sem autorização judicial, em hipóteses de flagrante delito, sem ressalvas.

No caso do tráfico de drogas, na modalidade ter em depósito, a consumação do delito protraí-se no tempo, ou seja, não cessa com a realização da conduta descrita no tipo. Vale dizer, trata-se de crime permanente e, portanto, entendia-se haver hipótese de exceção à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5.º da Constituição da República.

Em julgado da Sexta Turma deste Superior Tribunal, de Relatoria da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, sinalizou-se a insuficiência dessa inteligência dominante, pois afirmou-se que, "[a]inda que seja incontroverso que nos delitos permanentes, como o de tráfico ilícito de drogas, o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, não se pode admitir que, com base em uma simples delação anônima, desamparada de elementos fundados da suspeita da prática de crimes, seja violado o direito constitucionalmente assegurado da inviolabilidade do domicílio" (DJe 03/09/2015; sem grifos no original).

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no Julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.616/RO, Rel. Ministro GILMAR MENDES, em que apreciou o Tema n. 280 do regime da repercussão geral, firmou a tese de que *"a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial 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", conforme se extrai do voto vogal do Ministro TEORI ZAVASCKI.

Eis a ementa do precedente que marca a evolução jurisprudencial do Pretório Excelso:

"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 manda do 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." (TRIBUNAL PLENO, julgado em 05/11/2015, DJe 09/05/2016; sem grifos no original.)

Ressalto, ainda, que, no dia 02/03/2021, foi julgado na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça o HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, ocasião em que foram estabelecidas diretrizes e parâmetros a fim de que seja reconhecida a existência de fundada suspeita de flagrante delito e, portanto, se tenha como devidamente justificado e aceitável juridicamente o ingresso de forças policiais na residência de cidadãos, abarcando, ainda, as hipóteses em que existe a alegação segundo a qual, para tal desiderato, houve consentimento expresso e voluntário.

A propósito, a ementa do referido julgado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

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 ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata - é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

[...]

2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação - amiúde irreversível - de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

3. 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, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiância policial, apoiada, v. g., em mera atitude 'suspeita', ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

[...]

5.3. *Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial - meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada - legitimar a entrada em residência ou local de abrigo.*

[...]

7.2. *Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral - pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro - e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.*

8. *Ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder, na moldura do Direito, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares.*

[...]

9. *Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoal realizada em via pública.*

10. *A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.*

11. *Assim, 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 apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.*

12. *Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.*

13. *Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos*

futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal." (HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021; sem grifos no original.)

Neste caso, a sentença destaca que (fls. 22-25; sem grifos no original):

"Inicialmente, fica afastada a tese defensiva de ilegalidade da prova da materialidade do crime – apreensão da droga no interior do imóvel descrito na denúncia.

*Os policiais militares Alexandre e Emerson declararam que **receberam uma informação de que um indivíduo estaria escondendo drogas em um veículo Fiat/Uno branco.***

*Diligenciaram pelo local e **lograram êxito em encontrar entorpecentes próximos ao veículo indicado.** Ainda que haja divergência nos depoimentos dos policiais militares sobre o local exato onde a droga estaria armazenada – circunstância irrelevante –, de fato, **ficou demonstrado que ela estava escondida no endereço indicado na denúncia (seja entre os 'tijolos baianos', seja no interior do veículo).***

*Este fato – **localização de entorpecentes próximos ao veículo apontado como de propriedade do acusado, que já era conhecido da polícia - gerou a desconfiança e a fundada suspeita de que ele estivesse guardando drogas também em sua residência, já que, segundo o relato do policial militar Alexandre, a denúncia também indicou a residência do acusado como local de armazenamento das drogas.***

Diante de tal fato, deslocaram-se até a residência do acusado, onde localizaram elevada quantia em dinheiro e uma grande quantidade de cocaína.

Logo, foi lícita a ação policial, que, com a apreensão da droga, resultou em flagrante delito, hipótese constitucionalmente prevista e que excepciona a inviolabilidade do domicílio.

Não se cogita, portanto, de ilicitude da prova produzida, quanto à materialidade delitiva (apreensão da droga)."

Ao analisar a tese da violação domiciliar, destacou o Tribunal de origem no julgamento da apelação (fls. 31-33; sem grifos no original):

"E, respeitada a compreensão diversa da Magistrada sentenciante, entendo que o delito de tráfico de drogas ficou devidamente comprovado.

De fato, a materialidade do delito está provada pelo boletim de ocorrência (fls.05/07), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 08/10), pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 17/19), pelos laudos periciais dos objetos apreendidos relacionados ao crime (46/52).

Por sua vez, respeitado o entendimento contrário da MM^a Juíza a quo, a autoria, de igual forma, restou cabalmente comprovada pelas declarações prestadas dos policiais colhidas sob o crivo do contraditório, com as demais provas coligidas aos autos, formando um conjunto probatório harmônico apto a imputar ao apelado a prática do crime.

Consta que policiais militares receberam denúncia via COPOM de forma segura e convincente, associando o apelado ao tráfico de drogas na Travessa Jumurundá, esquina com a Rua Acre. Diante dessa informação, para lá se dirigiram e localizaram drogas e um veículo com as portas abertas, cujas informantes diziam estar sendo usado pelo apelado.

*Assim, conforme denúncia (fls. 85) no endereço indicado **localizaram dentro do carro – Fiat/Uno – 56 cápsulas plásticas do tipo eppendorf, contendo cocaína.***

*Como **o apelado já era conhecido no meio policial em decorrência do***

envolvimento dele com crime semelhante, foram até o endereço já conhecido, sendo que a residência encontrava-se aberta e vazia e em seu interior os policiais encontraram a quantia em dinheiro de R\$ 1.154,85, balança de precisão, o restante do estupefaciente e uma cédula de identidade do apelado.

Ademais, na cozinha localizaram cocaína a granel e invólucros de crack, evidenciando assim, a traficância ilícita, pela quantidade de droga apreendida e a forma como estavam acondicionadas, pela quantidade de dinheiro encontrado em poder do apelado, pelos instrumentos que demonstram a atividade típica de tráfico, além das circunstâncias em que se deu a localização e apreensão da droga.

Com efeito, conforme ressalta o Ilustre Ministério Público às fls. 314, a denúncia anônima recebida tinha um alvo certo, que era o apelado, e os policiais somente foram até o local onde o recorrido várias vezes havia sido abordado, que se trata de uma biqueira, não o localizaram, embora o veículo que ele utilizava, segundo as informações prestadas aos policiais, lá se encontrava. Em razão disso, imaginando que ele estava em casa, foram até sua residência, a qual já conheciam de diligências anteriores, devidamente registradas.

Em seu interrogatório (fls. 301) o réu negou a propriedade dos entorpecentes e dos apetrechos apreendidos. Alegou que a residência onde foi localizada a droga pertence a sua ex-companheira, e que, na época dos fatos, não mantinham mais um relacionamento amoroso e, portanto, residia na Rua Rio Formoso, nº 1032, com seus pais. Negou a propriedade do veículo Fiat/Uno branco e o apelido de 'Padeiro'.

Por sua vez, a testemunha Luciana (fls. 303), narrou que a casa na Rua Ernesto Guevara Lacerda é de sua propriedade e que a alugava para eventos.

Disse que, na época dos fatos, deixava objetos pessoais no local, inclusive documentos. Alegou que eles ficavam em um armário no interior do quarto. Alegou ainda, que havia alugado o imóvel para um rapaz, pelo período de quinze dias, mas que não costumava formalizar a locação e não se recorda do nome do locador.

[...]

Com efeito, em Juízo o apelante negou o cometimento do crime de tráfico de drogas, mas no carro que ele utilizava (segundo a denúncia anônima recebida) e na sua residência foi apreendida significativa quantidade de cocaína e de crack (805,79g), material usualmente utilizado no comércio espúrio de substâncias entorpecentes, tais como balança de precisão e material destinado à embalagem de drogas, além de significativa quantia em dinheiro (R\$ 1.154,85)."

Na hipótese vertente, como se vê da leitura dos trechos acima transcritos, a alegação de que há nulidade por violação de domicílio não pode ser acolhida, pois, como ressaltado pela Jurisdição ordinária, a entrada dos policiais foi precedida de **fundadas razões** que levaram à suspeita da prática do crime de tráfico de drogas, tendo em vista que, anteriormente ao ingresso no domicílio, os policiais receberam informações acerca da prática de crimes no local.

Além disso, foi ressaltado que "a residência encontrava-se aberta e vazia" (fl. 32), não havendo falar em proteção constitucional ao domicílio no que diz respeito às drogas apreendidas nessas circunstâncias. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. NULIDADE DO FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INEVIDÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. MOTIVAÇÃO EXISTENTE. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA. SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO CORPÓREA POR CAUTELARES DIVERSAS. VIABILIDADE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES POUCO EXPRESSIVA.

1. A garantia constitucional de inviolabilidade ao domicílio é excepcionada

nos casos de flagrante delito, não se exigindo, em tais hipóteses, mandado judicial para ingressar na residência do agente.

Todavia, 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 (RHC n. 140.916/MG, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 11/2/2021).

2. No caso, a autoridade policial fez buscas no estabelecimento do qual o paciente se utilizava para a prática de tráfico de drogas, após fundadas suspeitas (anterior e intensa movimentação de usuários e corréus na frente do ponto comercial e apreensão de entorpecentes em terreno baldio nas proximidades. Assim, as provas advindas de tal conduta não podem ser consideradas ilícitas.

[...]

4. Ordem parcialmente concedida para substituir a prisão preventiva imposta ao paciente por medidas cautelares a serem fixadas pelo Juízo de origem, sem prejuízo da decretação da custódia provisória em caso de descumprimento de quaisquer das obrigações impostas por força das cautelares ou de superveniência de motivos concretos para tanto." (HC 635.980/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 28/04/2021; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA DOMICILIAR EM IMÓVEL ABANDONADO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONCEDIDA À RESIDÊNCIA/DOMICÍLIO QUE SOMENTE ABRANGE BENS MÓVEIS OU IMÓVEIS DESTINADOS À HABITAÇÃO, AINDA QUE DE FORMA TRANSITÓRIA, E O LOCAL DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. FUNDADAS SUSPEITAS DE FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PROCESSOS EM CURSO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PACIENTE CONDENADO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. PEDIDOS DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO E DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS PREJUDICADOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, 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. Precedentes desta Corte.

3. A Corte Suprema assentou, também, que 'o conceito de 'casa', para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO

DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 12/04/2005, DJe de 02/06/2006; RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática publicada no DJ de 03/08/2000), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade' (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007).

Conclui-se, portanto, que a proteção constitucional no tocante à casa, independentemente de seu formato e localização, de se tratar de bem móvel ou imóvel, pressupõe que o indivíduo a utilize para fins de habitação, moradia, ainda que de forma transitória, pois tutela-se o bem jurídico da intimidade da vida privada.

4. Sem desconsiderar a proteção constitucional de que goza a propriedade privada, ainda que desabitada, não se verifica nulidade na busca e apreensão efetuada por policiais, sem prévio mandado judicial, em imóvel abandonado que não revela sinais de habitação, nem mesmo de forma transitória ou eventual, cuja porta estava aberta, se a aparente ausência de residentes no local se alia à fundada suspeita de que tal imóvel é utilizado para a prática de crime permanente (armazenamento de drogas), o que afastaria a proteção constitucional concedida à residência/domicílio. Precedente: HC 588.445/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020.

Situação em que, após denúncia anônima de que na rua em que se situa o imóvel estava sendo praticado o comércio ilegal de drogas por indivíduos armados, a autoridade policial se dirigiu ao local não logrando encontrar indivíduos praticando o delito e, dando continuidade à investigação, obteve informação de que a casa em questão, cuja porta e janela estavam abertas, estaria abandonada.

Suspeitando da possibilidade de que a casa fosse usada para armazenamento de drogas, procedeu a busca do imóvel aparentemente desabitado (não havia cama ou colchão), lá encontrando 19 pinos de cocaína, 13 pedras de crack, uma porção de maconha, um triturador de maconha, dois celulares e a carteira de trabalho do paciente.

Quando deixavam o local, se depararam com o paciente que afirmou ter passado a residir no imóvel abandonado por não ter condições financeiras de pagar aluguel e ter esquecido a casa aberta.

[...]

8. Habeas corpus de que não se conhece." (HC 647.969/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021.)

"RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

2. Uma vez que havia fundadas razões que sinalizavam a ocorrência de crime e porque evidenciada, já de antemão, hipótese de flagrante delito, mostra-se regular o ingresso da polícia no domicílio do acusado, sem autorização judicial e sem o consentimento do morador. Havia, no caso, elementos objetivos e racionais

que justificaram a invasão de domicílio, motivo pelo qual são lícitas todas as provas obtidas por meio do ingresso em domicílio, bem como todas as que delas decorreram, porquanto a referida medida foi adotada em estrita consonância com a norma constitucional.

3. *Recurso especial não provido.*" (REsp 1.722.676/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018; sem grifos no original.)

Na sequência, constata-se que o Juízo Sentenciante reconheceu a ausência de provas suficientes de autoria, manifestando-se nos seguintes termos, *in verbis* (fls. 26-27; grifos diversos do original):

"Não ficou suficientemente comprovado que o acusado seria o responsável pelo depósito das substâncias apreendidas; tampouco ficou demonstrado com segurança que ele residia no imóvel em que o entorpecente foi localizado, nem que fosse proprietário do veículo no qual, ou próximo do qual, parte da droga foi encontrada.

Além do mais, os próprios policiais militares confirmaram que não abordaram o réu na data dos fatos, pois não havia ninguém no imóvel.

A denúncia anônima que deu início às investigações apenas apontou a alcunha 'Padeiro' e o prenome 'Fabrício', mas não forneceu maiores detalhes que permitissem a identificação do acusado como o autor do delito.

O policial militar Alexandre, inclusive, disse que não havia ninguém próximo do veículo Fiat/Uno, nem mesmo na residência onde foram encontrados os entorpecentes.

Tampouco o veículo foi apreendido ou provou-se que ele pertencia ao acusado. Pelo contrário, o relato testemunhal assegurou que o veículo estava registrado em nome de outro indivíduo.

De outro lado, não foi realizada nenhuma campanha que indicasse que o acusado residia no imóvel, ou seja, o réu jamais foi visto pelos policiais entrando ou saindo do local na época dos fatos.

Não há prova, portanto, de que o acusado seria o possuidor das drogas e dos petrechos apreendidos.

Em tal contexto, o fato de o documento do acusado ter sido encontrado na casa, que foi sua residência e de sua esposa e filhos, mas estaria alugada para terceiros, segundo esta, não basta para se estabelecer uma conexão absolutamente segura entre ele e as drogas apreendidas.

Mesmo que a versão do réu e da testemunha seja incomum - documentos pessoais da família encontrados na casa que estaria alugada para terceiros -, continua ausente o liame inquestionável, a partir do qual se vincularia a droga necessariamente ao réu.

Há, no mínimo, a possibilidade de que outras pessoas tenham utilizado o imóvel para o depósito da droga, o que, logicamente, não seria impossível.

Havendo, pois, o mínimo de dúvida sobre a efetiva participação do réu no específico crime de tráfico aqui tratado, impõe-se a absolvição, por força do princípio *in dubio pro reo*, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal."

Em sentido contrário, extrai-se do acórdão proferido na apelação (fls. 33-34; sem grifos no original):

"Com efeito, em Juízo o apelante negou o cometimento do crime de tráfico de drogas, mas no carro que ele utilizava (segundo a denúncia anônima recebida) e na sua residência foi apreendida significativa quantidade de cocaína e de crack

(805,79g), material usualmente utilizado no comércio espúrio de substâncias entorpecentes, tais como balança de precisão e material destinado à embalagem de drogas, além de significativa quantia em dinheiro (R\$ 1.154,85).

Tal negativa, entretanto, restou infirmada pelas provas colhidas nos autos. Os policiais militares, em depoimentos seguros e coerentes, narraram os fatos tais quais descritos na denúncia.

De assinalar que os depoimentos dos policiais são firmes e harmônicos, isentos de qualquer expressão pessoal. Limitaram-se em narrar a diligência que culminou na apreensão de drogas.

Conforme parecer da Douta Procuradoria de Justiça, às fls. 359: '(...) Contudo, nada há nos autos de concreto infirmando os depoimentos dos policiais e, por outro lado, a justificativa do apelado não ficou demonstrado, sequer foi hábil para suscitar dúvida razoável que pudesse favorecê-lo. Aliás, vai contra a lógica suporte à negativa do apelado quando ostenta condenação definitiva por crime de tráfico de drogas, em detrimento dos depoimentos dos policiais, contra os quais nada de irregular foi apontada (...)' *Nem se afirme que os depoimentos de policiais não podem ser considerados, pois os agentes da autoridade não são suspeitos ou impedidos de depor.*

Suas palavras devem ser analisadas frente ao restante das provas e, perfazendo um conjunto probatório claro e coeso, há que se dar crédito a tais versões. E este é o caso dos autos.

Assim, inviável a absolvição. A quantidade de entorpecentes, as circunstâncias da apreensão, em local em que foram localizados, a quantia em dinheiro, a balança de precisão, material destinado à embalagem de drogas, e as palavras dos policiais, dão conta da finalidade mercantil das substâncias."

Como se vê, o Réu foi condenado porque supostamente tinha em depósito em um automóvel e guardava em uma residência porções de cocaína.

Do que se tem nos autos, não se observa a produção de provas a indicar que o Paciente tenha incorrido nas ações típicas a ele imputadas.

Nesse contexto, em relação à porção de cocaína que fora encontrada no automóvel, a Acusação não produziu provas no sentido de que o carro pertencia ou era utilizado pelo Réu. Apenas notícia anônima nesse sentido, que não é comprovada em Juízo, não é suficiente para a condenação.

Reforça, também, a ausência de provas quanto à propriedade o fato que, em Juízo, sob o crivo do contraditório, nenhum usuário foi arrolado como testemunha, nenhuma pessoa reconheceu o Paciente como o condutor ou proprietário do veículo, tampouco os Policiais Militares declararam que o Paciente estava comercializar os entorpecentes próximo ao automóvel.

Sobre a droga encontrada no imóvel, convém indicar que os Policiais Militares relataram que no momento da apreensão o local estava desabitado. Em Juízo, foi destacado que *"não foi realizada nenhuma campana que indicasse que o acusado residia no imóvel, ou seja, o réu jamais foi visto pelos policiais entrando ou saindo do local na época dos fatos"* (fl. 27).

Houve a comprovação apenas que um documento do Paciente foi encontrado no local. Contudo, esse elemento não indica a ligação com as drogas. Isso porque, nos termos indicados pelo Juízo sentenciante, *"o fato de o documento do acusado ter sido encontrado na casa, que foi sua residência e de sua esposa e filhos, mas estaria alugada para terceiros,*

segundo esta, não basta para se estabelecer uma conexão absolutamente segura entre ele e as drogas apreendidas" (fl. 27).

Assim, não há provas suficientes a indicar que o Paciente tenha vendido entorpecentes aos ocupantes do automóvel.

A propósito, *mutatis mutandis*:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL NA HIPÓTESE. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 'o habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heroico' (HC n. 441.434/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/4/2018, DJe 7/5/2018).

2. Na hipótese, no entanto, não é necessário revolver o material fático-probatório para restabelecer a sentença absolutória, uma vez que, no caso, não foram apreendidos em poder do paciente drogas ou objetos comumente utilizados no tráfico, tendo a condenação se baseado tão somente em presunções, havendo fundadas dúvidas acerca da efetiva prática delitativa pelo paciente.

3. O parecer do Ministério Público Federal é no mesmo sentido da concessão da ordem: 'Reunir a entrega de 'algo' pelo paciente a pessoas em motocicleta, um local conhecido por ser ponto de venda de drogas, a localização de entorpecentes em um poste de energia há alguns metros de onde estava o paciente e a apreensão de apenas 30g de ácido bórico em sua residência, quando nada mais foi encontrado nem em seu poder, nem em sua casa, não pode sustentar uma condenação por tráfico de drogas'.

4. Ordem concedida." (HC n. 609.684/MG, relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 24/2/2021; sem grifos no original.)

Reconhecida, conforme destacado acima, a ausência de elementos a indicar que o Paciente tinha em depósito entorpecentes, de rigor concluir que lhe imputar a propriedade das substâncias é resultado de um juízo condenatório calcado em presunções inadmissíveis no âmbito do Processo Penal. Afinal, prova não foi produzida de que o Paciente efetivamente mantinha em depósito as substâncias. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. EXCEPCIONAL AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO MINISTERIAL. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU RESTABELECIDADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, EM MAIOR EXTENSÃO.

1. O quadro fático incontroverso consignado no acórdão impugnado não demonstra satisfatoriamente o fim comercial da droga apreendida, nem afasta a afirmação do Acusado de que a substância apreendida se destinava ao consumo pessoal. Nesse ponto, vale considerar que o Juízo de origem destacou que 'a quantidade de drogas apreendidas em poder do increpado não torna possível firmar um juízo de certeza acerca da incidência do tipo penal do art. 33, da Lei 11343/2006'.

2. No caso, da simples leitura do acórdão atacado, verifica-se que não foi

apresentada fundamentação idônea para se concluir pela prática da traficância, já que o Paciente trazia consigo apenas 3,5g de cocaína. Além disso, não foram apreendidos petrechos comumente utilizados no comércio ilegal de drogas (balança de precisão, recipiente para embalar os entorpecentes, etc).

3. Não havendo juízo de certeza amparado em provas indicadas no *decisum*, de que as drogas apreendidas se destinavam à traficância, cabe o restabelecimento da sentença absolutória

4. *Ordem de habeas corpus concedida, em maior extensão.*" (HC n. 748.399/RS, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 12/8/2022; sem grifos no original.)

Em consequência, não havendo juízo de certeza amparado em provas indicadas no *decisum*, de que as drogas apreendidas eram fornecidas ou pertenciam ao Paciente, impositiva é a absolvição por ausência de provas da autoria. Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). AUSÊNCIA DE PROVA DA MERCANCIA. EXCEPCIONAL AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO MINISTERIAL. ABSOLVIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. *Não se desconhece a copiosa manifestação desta Corte Superior no sentido de que o pleito de absolvição ou de desclassificação do crime de tráfico exige, em tese, o revolvimento de fatos e provas, providência não cabível no espectro de cognição do recurso especial.*

Contudo, é possível a esta Corte Superior verificar se a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias é juridicamente idônea e suficiente para dar suporte à condenação, o que não configura reexame de provas, pois a discussão é eminentemente jurídica e não fático-probatória.

2. ***Na inicial acusatória, foi imputada à Recorrente a conduta de ter em depósito, com o fim de mercancia, 3,7g de crack. Porém, o quadro fático incontroverso consignado no acórdão recorrido não demonstra satisfatoriamente o fim de mercancia da droga apreendida, nem afasta a afirmação da Recorrente de que a substância apreendida se destinava ao consumo por parte de seu cônjuge.***

3. *Da simples leitura do acórdão recorrido, sobreleva o fato de a Recorrente ter sido condenada por tráfico de drogas, a despeito da diminuta quantidade de entorpecente apreendido em sua residência (3,7g de crack) e de não haver sido mencionado nenhum elemento concreto nos autos que indique a efetiva destinação comercial da substância. A condenação está lastreada tão-somente em depoimentos de policiais que, por sua vez, se limitaram a reportar o conteúdo de denúncias anônimas de que a Recorrente exerceria o tráfico, bem assim na ausência de ocupação lícita.*

4. *Na distribuição estática do ônus da prova, no processo penal, compete ao Ministério Público provar os elementos do fato típico e, na hipótese em apreço, não se pode concluir pela prática do crime de tráfico de drogas somente com base na quantidade de entorpecente apreendido na residência da Recorrente - 3,7g de crack -, muito menos nas declarações no sentido de que existiriam 'denúncias apontando a acusada como traficante', ou seja, notícia criminis inqualificada. Vale dizer, o juízo condenatório é de certeza, não pode ser substituído por juízo de probabilidade.*

5. *Concluir que as instâncias ordinárias não se valeram do melhor direito na condenação da Recorrente não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 33 da Lei de Drogas. No sistema acusatório, repita-se, constitui ônus estatal demonstrar de forma inequívoca a configuração do fato típico.*

6. *Mostra se descabida a eventual desclassificação para o crime de posse (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), uma vez que este encontra-se com a punibilidade extinta, pela consumação da prescrição punitiva.*

7. *Recurso especial provido para absolver a Recorrente da imputação da prática do crime do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.*" (REsp 1.917.988/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 25/05/2021; sem grifos no original.)

Por fim, vale reiterar que, concluir que a Corte local não se valeu do melhor direito na condenação do Acusado (HC 172.128/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 11/06/2014) não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 33 da Lei de Drogas. No sistema acusatório, repita-se, constitui ônus estatal demonstrar de forma inequívoca a configuração do fato típico.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para restabelecer a sentença absolutória proferida na Ação Penal n. 0028852-49.2015.8.26.0506.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 16 de agosto de 2023.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora