



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1996582 - PR (2022/0107979-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
 RECORRENTE : MATHEUS HENRIQUE WERNER TEIXEIRA
 ADVOGADOS : THAISE MATTAR ASSAD - PR080834
 DANIELLE VIEIRA MANZINI - PR083482
 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MATHEUS HENRIQUE WERNER TEIXEIRA, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Apelação Criminal n. 0002694-17.2020.8.16.0196.

Consta dos autos que o Recorrente foi condenando como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e no art. 16, § 1.º, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, em concurso material, às penas de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa. Isso porque, portava, no interior do veículo que conduzia, uma arma de fogo de uso permitido desmuniada, com numeração de série suprimida, bem como guardava, em sua residência, "1,650kg (um quilo e seiscentos e cinquenta gramas) de maconha e 320 (trezentas e vinte) unidades de ecstasy, além de balança de precisão e facas para cortar a droga, e a quantia de setecentos e quarenta reais em espécie" (fl. 638).

Irresignada, a Defesa recorreu ao Tribunal de origem, que deu **parcial provimento** à apelação, a fim de aplicar a minorante do tráfico privilegiado e, assim, redimensionar a pena final para **6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 260 (duzentos e sessenta) dias-multa**, no valor unitário mínimo (fls. 850-882).

Os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público e pela Defesa foram rejeitados (fls. 978-981 e 1059-1063).

Nas razões do recurso especial, aponta-se ofensa aos seguintes dispositivos legais: "

art. 157, 158 e ss., art. 240, 381, III, 387, II, 564, III 'm', IV e V do CPP, arts. art. 1.022, I ao III e §único, e 489, §1º do Código de Processo Civil" (fl. 1104). Argumenta-se que a prova da materialidade do crime de tráfico de drogas é ilícita, pois deriva de invasão ilegal de domicílio, sem que houvesse fundadas razões aptas a dispensar a necessidade de prévia ordem judicial. Ressalta-se que o estado de flagrância cessou quando da apreensão da arma de fogo pelos policiais, em via pública, de forma que "[n]ão havia qualquer suspeita de que o crime de tráfico de drogas estaria sendo praticado no interior da residência alvo de buscas" (fls. 1090-1091).

Contrarrazões (fls. 1116-1127).

O recurso foi admitido (fls. 1136-1147).

O apelo nobre não foi conhecido, em decisão da Presidência, por intempestividade (fls. 1250-1251). A Defesa interpôs agravo regimental (fls. 1254-1294) e o Ministro Presidente reconsiderou a decisão, determinando a distribuição dos autos (fl. 1298).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso especial (fls. 1308-1314).

É o relatório. Decido.

O Juízo de origem, ao examinar a licitude da busca e apreensão empreendida no caso em apreço, apresentou os seguintes fundamentos (fls. 631-634; grifos diversos do original):

"Da nulidade absoluta decorrente da ausência de situação de flagrante ou autorização para adentrar à residência do acusado

Argui a defesa do acusado, preliminarmente, pelo reconhecimento de prova ilícita carreada aos autos, eis que ausente qualquer indicativo de crime que pudesse autorizar a abordagem ao veículo Amarok, bem como ausente qualquer informação prévia que indicasse aos policiais a existência de ilicitude sendo praticada dentro da residência do réu.

Neste ponto, alega a defesa que houve invasão de domicílio por parte dos policiais militares.

Aduziu, para tanto, que após os militares realizarem a prisão em flagrante de Matheus por porte ilegal de arma, conduziram-no à autoridade policial e então, ilicitamente e sem a presença do réu, tampouco sua autorização, se dirigiram à residência dele e retornaram com o entorpecente, imputando a propriedade ao então flagranteado.

Não obstante os argumentos apresentados pela defesa, observa-se não prosperar o pedido.

Primeiramente, quanto à falta de indicativos da ocorrência de crime a justificar a abordagem inicial do réu, que estava no interior do veículo Amarok, cumpre esclarecer que as abordagens realizadas pela polícia militar não ensejam a necessidade da ocorrência de crime.

Por se tratar de policiamento ostensivo, visando até mesmo evitar o cometimento de crimes pela cidade, pode a polícia realizar abordagem em veículos, pessoas ou em circunstâncias suspeitas. Não há que se aguardar o cometimento de crimes para que se possa justificar a abordagem por parte da polícia militar.

No caso em questão, e até mesmo adiantando a análise da prova oral, ambos os policiais narraram que a abordagem foi feita em razão da forma irregular como o carro estava estacionado.

Por ocasião da abordagem, encontraram dentro do veículo uma arma de fogo desmuniada e com a numeração suprimida.

Em seguida, após conversas com o abordado, ora réu, os policiais

receberam a informação de que ele teria envolvimento com drogas, e inicialmente diligenciaram a fim de encontrar o suposto 'fornecedor' de entorpecentes.

Contudo, em razão das informações desencontradas apresentadas por ele, e também considerando que o próprio abordado indicou aos policiais ter drogas em sua residência, os agentes se dirigiram ao local, onde encontraram a grande quantidade de substância entorpecente.

Ora, observa-se que o réu já estava em flagrante delito pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo, quando o próprio acusado indicou que tinha drogas em sua residência, fornecendo, inclusive, o seu endereço, sendo a localização e apreensão dos entorpecentes um desdobramento da abordagem inicial.

Ademais, diante da informação apresentada pelo próprio abordado de existência de drogas no interior da sua casa, e da prévia situação de flagrância, não há qualquer violação ao direito à inviolabilidade de domicílio.

Isto porque o delito de tráfico de entorpecentes, nas modalidades 'guardar' e 'ter em depósito', é crime permanente, cujo momento consumativo se protraí no tempo.

Assim, nos termos do art. 303 do Código de Processo Penal, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência e, portanto, devidamente configurada a hipótese do art. 302, inciso I, do CPP.

Em tais casos, a prisão independe de mandado de busca e apreensão ou de outra autorização para a entrada na residência.

Com efeito, a partir do momento em que os policiais encontraram uma arma de fogo em poder do réu, já caracterizado o flagrante, sendo que a continuidade das diligências, com a localização e apreensão das drogas, igualmente é lícita, notadamente considerando que o crime de tráfico de drogas se trata de crime permanente, e não exige prévia expedição de mandado judicial para a sua apreensão, quando a entrada no local é permitida e quando os policiais têm a informação dos próprios acusados acerca da existência de entorpecentes no local.

[...]

Portanto, considerando que o acusado Matheus guardava e tinha em depósito substâncias entorpecentes que se destinavam ao uso de terceiros, bem com tendo em vista que o crime de tráfico de drogas é crime permanente cuja consumação se protraí no tempo, rejeito a nulidade aventada pela defesa, por não vislumbrar qualquer mácula na abordagem e prisão do réu.

De mesma forma, não há embasamento mínimo que comprove que a apreensão das drogas na residência do acusado ocorreu sem a sua presença, quando alega que já se encontrava custodiado junto à Central de Flagrantes.

O relato apresentado pelo réu, no sentido de que os policiais foram até a sua casa quando já estava na Central de Flagrantes é desprovido de qualquer suporte probatório que lhe beneficie. Veja-se que o próprio acusado afirma que reside em um edifício. Os fatos ocorreram no período do almoço de uma sexta feira, dia normal de semana, pelo que é absolutamente plausível que naquele horário, daquele dia, outras pessoas, inclusive vizinhos do réu, tivessem acompanhado a diligência policial. Pois bem, apesar de todo o deslinde da operação policial ter ocorrido em dia útil, em horário de movimento intenso, nenhuma testemunha residente no edifício foi arrolada, nem mesmo porteiro, zelador, ou algum outro prestador de serviço.

Para além, o acusado limitou-se a alegar que ficou impossibilitado de manter contato com qualquer pessoa, mesmo com seus advogados, contudo, quando de seu interrogatório perante a autoridade policial, assim que lhe foi informado todos os delitos que lhe foram imputados no presente processo criminal, o acusado não esboçou qualquer reação de surpresa, inconformismo ou revolta, o que demonstra de maneira contundente que não apenas sabia de todo o entorpecente apreendido em sua residência, como também que acompanhou a operação policial.

De qualquer sorte, a partir do momento em que o réu é conduzido à

autoridade policial em situação de flagrante delito, lícito concluir que todas as diligências já foram devidamente realizadas previamente por parte dos policiais militares.

Caso ocorra a separação da equipe, com a condução do réu e de parte das apreensões, e o restante seja apresentado em momento posterior pelo restante dos policiais, tal procedimento deveria ser observado pela polícia civil, inclusive com a indicação nos autos.

No entanto, não é o que se observa no Boletim de Ocorrência 2020/725286, assinado pela autoridade policial responsável.

Não se perca de vista, ainda, que os policiais somente lograram êxito em encontrar o entorpecente com a colaboração do acusado, que indicou onde era a sua residência, o local na garagem onde sua camionete Amarok poderia ser estacionada, e forneceu a chave de entrada da casa.

Registre-se, por oportuno, que não obstante a defesa tenha solicitado a realização de diligências para verificar as imagens de câmeras de segurança da Central de Flagrantes, nada pediu ou juntou aos autos quanto a eventuais imagens do edifício onde o acusado residia, que pudessem corroborar com as afirmações do réu.

Tampouco arrolou testemunhas que pudessem ter presenciado a entrada dos policiais no condomínio residencial.

Tratando-se de alegação da defesa, caberia a ela comprovar o que foi alegado pelo réu, o que não ocorreu.

Se de um lado o relato do réu se mostrou verdadeira teoria da conspiração, por outro lado o depoimento apresentado pelos policiais se mostrou prova clara e inequívoca sobre como os fatos ocorreram, não se vislumbrando contradições, tampouco interesse na incriminação gratuita do acusado, que inclusive já se encontrava em situação de flagrante delito.

Por tais razões, considerando o relato apresentado pelos policiais, o contido no auto de prisão em flagrante e no boletim de ocorrência, e verificando que a apreensão da droga se deu em continuidade à abordagem inicial onde os militares encontraram uma arma de fogo com numeração suprimida em poder do réu, aliado à ausência de qualquer elemento de prova que pudesse indicar que a localização da droga se deu ao arrepio da lei, rejeito o pedido de nulidade por violação de domicílio formulado pela d. defesa.

Superada a questão preliminar, passo à análise do mérito."

Do mesmo modo, a Corte de origem concluiu pela existência de fundadas razões para a diligência de busca e apreensão domiciliar, nos seguintes termos (fls. 866-871; grifos diversos do original):

*"A entrada na residência em situação de flagrância, exige dos policiais a fundada suspeita. **Com efeito, a localização prévia da arma de fogo com numeração suprimida é elemento que caracteriza a fundada suspeita e permite a entrada na casa do abordado, em flexibilização do princípio constitucional.***

O fato de os policiais poderem ou não ver a partir do local da abordagem a existência das drogas dentro da casa (como aventou o recorrente em seu recurso) é, além de ilógica, fisicamente impossível e irrelevante para a solução desse ponto da controvérsia.

O recorrente já estava em situação de flagrante permanente quando foi abordado em posse de arma de fogo com numeração suprimida e contou aos policiais que teria drogas em casa.

[...]

O panorama fático-probatório pressupõe situação de flagrância, legitimando o acesso dos policiais independentemente de autorização do increpado ou de mandado judicial.

Anote-se que a entrada na casa do apelante também era urgente e não permitia aguardar-se a expedição de um mandado judicial de busca, porque outras pessoas residiam na residência do apelante, o que poderia acarretar prejuízo à diligência.

[...]

A alegação defensiva no sentido de que o réu não forneceu seu endereço aos policiais não se coaduna com o conjunto probatório, pois o próprio recorrente disse em juízo que deu seu endereço aos policiais e que 'achou', inclusive, que seria levado para sua casa (conforme sua tese defensiva). Ou seja, a argumentação apresentada no recurso de apelação no sentido de que os policiais descobriram o endereço do apelante apenas quando chegaram na Delegacia, onde o deixaram, e foram até sua casa, sequer se coaduna com narrativa de Matheus em juízo.

Ainda assim, a versão do recorrente no sentido de que não foi levado à sua casa, mas sim para a Delegacia de Polícia e que os policiais foram sozinhos até o seu imóvel igualmente não pode ser acolhida.

Os agentes públicos narraram de modo coerente que foram até a residência do réu logo após terem ido até o Bairro Xaxim e serem 'enrolados' pelo apelante que não soube especificar o endereço em que esteve. Ou seja, os agentes não entraram em qualquer endereço neste outro bairro e não visualizaram o celular do apelante. Também não há qualquer indício de que o apelante tenha sido 'torturado' ou 'coagido' a informar seu endereço aos agentes públicos, pois como se viu nas poucas informações dadas na fase policial o mesmo declarou não ter queixa de dor ou lesão.

Aqui, cumpre destacar que mesmo diante de tal acusação contra os agentes de segurança pública, a Defesa não tomou qualquer medida em relação aos policiais junto à Corregedoria da Polícia ou ao Ministério Público.

De mais a mais, alegação de que os policiais o deixaram na Delegacia e foram sozinhos até sua casa realmente não se mostra verdadeira. O próprio apelante afirma que chegou na Delegacia próximo de 13h30 e, como se vê do registro do Boletim de Ocorrência (que foi registrado/finalizado às 13h28min) nesse horário já estavam cadastradas as drogas, balanças de precisão e facas apreendidas em poder do réu. O horário de registro do Boletim de Ocorrência é definido automaticamente pelo sistema e não permite modificação pelo agente público.

[...]

Por sua vez, não há qualquer elemento que indique terem os policiais mentido em seus relatos (tanto na fase extraprocessual quanto na fase judicial).

[...]

A sentença pontuou que o apelante deixou de apresentar prova que lhe interessava (notadamente as imagens das câmeras de segurança de seu prédio). Todavia, isso não implica em inverter o ônus probatório, mas apenas de destacar o desinteresse defensivo na realização dessa prova.

Aliás, sequer a tese defensiva (no sentido de que 'foram solicitadas pela Defesa o conteúdo das gravações, porém os sistema[s] de câmera não captaram imagens dos policiais porque estes adentraram o prédio de forma totalmente clandestina') se mostra lógica. Ora! Então, se um assaltante entrar no prédio do apelante para furtar bicicletas (fato que tem ocorrido constantemente no Bairro Bacacheri), as imagens das câmeras de segurança não servirão para nada?

Nem se diga, também, que as informações que o réu deu aos policiais durante a abordagem policial caracterizam prova ilícita.

Não se nega que eventuais declarações dadas pelos réus na fase extrajudicial não podem ser usadas em seu prejuízo, mas certamente a comunicação de seu endereço não constitui prova ilícita e o fato de o réu ter declarado possuir drogas em casa é mero desdobramento da abordagem policial.

[...]

A propósito, deve ser registrado que tanto na Delegacia de Polícia quanto

em juízo o direito ao silêncio foi devidamente assegurado ao apelante (sendo, inclusive, usado na primeira fase procedimental).

Deste modo, não se verificaram quaisquer das ilegalidades argumentadas pelo recorrente.

Assim, rejeitam-se as preliminares."

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 se protraí 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 Exma. 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 Exmo. 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 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." (TRIBUNAL PLENO, julgado em 05/11/2015, DJe 09/05/2016; sem grifos no original.)

No caso dos autos, como se vê das decisões transcritas, a entrada dos policiais na residência do Acusado, sem autorização judicial, foi justificada pelas instâncias ordinárias com base na **apreensão prévia de arma de fogo com numeração suprimida durante busca veicular, em via pública**. A Jurisdição ordinária destacou, ainda, que o Acusado teria **voluntariamente** admitido possuir drogas na residência perante os policiais, informando o endereço e acompanhando os agentes até o local, onde foram localizados os entorpecentes e os demais objetos.

De início, convém assinalar que, nas circunstâncias ora narradas, o flagrante anterior em via pública não constitui justificativa idônea para o ingresso domiciliar sem mandado judicial. Nesse sentido: "*[e]sta Sexta Turma tem diversos julgados no sentido de que a apreensão de drogas - ou arma, por analogia - em posse de um agente não torna prescindível a necessidade de mandado judicial para a invasão ao domicílio, porquanto o fato de o suspeito estar com restrição ambulatorial - ainda que momentaneamente, uma vez que detido em flagrante - afasta qualquer possibilidade de que esteja, naquele momento, causando risco à investigação*" (AgRg no HC n. 709.888/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2022, DJe de 30/11/2022; sem grifos no original).

Com igual conclusão, *mutatis mutandis*:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E CRIME AMBIENTAL. FLAGRANTE. ILEGALIDADE. INVOLABILIDADE DOMICILIAR. ART. 5º, IX, DA CF. INGRESSO FORA DAS AUTORIZAÇÕES LEGAIS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ART. 240, § 1º, DO CPP. MEIO ILEGAL DE OBTENÇÃO DE PROVA.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que concedeu a ordem de habeas corpus para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da invasão de domicílio e, por conseguinte, absolver o paciente das imputações delituosas.

2. A mera denúncia anônima, aliada à venda de drogas na porta da residência, não autoriza presumir armazenamento de substância ilícita no domicílio e assim legitimar o ingresso de policiais, inexistindo justa causa para a medida (AgRg no REsp n. 1.886.985/RS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 10/12/2020).

3. Não se considera fundadas razões para ingresso em domicílio a apreensão de drogas em poder de alguém em via pública. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC n. 774.376/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2022, DJe 14/12/2022; sem grifos no original.)

No mais, cumpre esclarecer que a suposta confissão informal voluntária por parte do Réu, já detido pelo porte ilegal de arma, acerca do armazenamento de drogas na sua residência, **além de não ser verossímil, não foi comprovada por outros elementos probatórios**, pois tal ato **não foi formalizado** pelos agentes policiais e o Réu **negou** essa versão dos fatos em juízo (fls. 858-861).

Com efeito, em situações como essa, a jurisprudência desta Corte Superior tem afastado alegações de indicação voluntária do local dos objetos ilícitos pelo próprio Réu ou de que a diligência tenha sido consentida. A propósito, cito o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. COAÇÃO AMBIENTAL/CIRCUNSTANCIAL. VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

8. As regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que o paciente, depois de ser abordado e preso por porte de arma de fogo em via pública distante de sua residência, sabendo ter drogas em casa, haveria livre e espontaneamente franqueado a realização de buscas no imóvel com cães farejadores, os quais fatalmente encontrariam tais substâncias.

9. Se, de um lado, deve-se, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que a notoriedade de frequentes eventos de abusos e desvios na condução de diligências policiais permite inferir como pouco crível a versão oficial apresentada no inquérito policial, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota indisfarçável desejo de se criar narrativa que confira plena legalidade à ação estatal. Essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas - avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos -, ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular

do direito atingido (in dubio pro libertas).

10. *Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento válido do morador.*

11. *Mesmo se ausente coação direta e explícita sobre o acusado, as circunstâncias de ele já haver sido preso em flagrante pelo porte da arma de fogo em via pública e estar detido, sozinho - sem a oportunidade de ser assistido por defesa técnica e sem mínimo esclarecimento sobre seus direitos -, diante de dois policiais armados, poderiam macular a validade de eventual consentimento (caso provado), em virtude da existência de um constrangimento ambiental/circunstancial. Isso porque a prova do consentimento do morador é um requisito necessário, mas não suficiente, por si só, para legitimar a diligência policial, porquanto deve ser assegurado que tal consentimento, além de existente, seja válido, isto é, livre de vícios aptos a afetar a manifestação de vontade.*

12. *Em Scheneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973), a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu algumas orientações sobre o significado do termo 'consentimento'. Decidiu-se que as buscas mediante consentimento do morador (ou, como no caso, do ocupante do automóvel onde se realizou a busca) são permitidas, 'mas o Estado carrega o ônus de provar 'que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado'. O consentimento não é livre quando de alguma forma se percebe uma coação da sua vontade. A Corte indicou que o teste da 'totality of circumstances' deve ser aplicado mentalmente, considerando fatores subjetivos, relativos ao próprio suspeito (i.e., se ele é particularmente vulnerável devido à falta de estudos, baixa inteligência, perturbação mental ou intoxicação por drogas ou álcool) e fatores objetivos que sugerem coação (se estava detido, se os policiais estavam com suas armas à vista, ou se lhe disseram ter o direito de realizar a busca, ou exercitaram outras formas de sutil coerção), entre outras hipóteses que poderiam interferir no livre assentimento do suspeito (ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R. Criminal procedure. Constitucional limitations. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1993, p. 139-141).*

13. *O art. 152 do Código Civil, ao disciplinar a coação como um dos vícios do consentimento nos negócios jurídicos, dispõe que: 'No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela'. Se, no Direito Civil, que envolve, em regra, direitos patrimoniais disponíveis, em uma relação equilibrada entre particulares, todas as circunstâncias que possam influir na liberdade de manifestação da vontade devem ser consideradas, com muito mais razão isso deve ocorrer no Direito Penal (lato sensu), que trata de direitos indisponíveis de um indivíduo diante do poderio do Estado, em relação manifestamente desigual.*

14. *É justamente essa disparidade de forças, aliás, somada à ausência de liberdade negocial concreta, que leva ao frequente reconhecimento da invalidade da manifestação de vontade da parte hipossuficiente no âmbito do Direito do Consumidor, mesmo quando externada por escrito e relativa a direitos disponíveis, em virtude da abusividade de cláusulas impostas pelo lado mais forte, nos termos, por exemplo, do art. 51, IV do CDC: 'São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade'.*

15. *Deveras, retomando a hipótese dos autos, uma vez que o acusado já estava preso por porte de arma de fogo em via pública, sozinho, diante de dois policiais armados, sem a opção de ser assistido por defesa técnica e sem mínimo esclarecimento sobre seus direitos, não é crível que estivesse em plenas condições de prestar livre e válido consentimento para que os agentes de segurança estendessem a diligência com uma varredura especulativa auxiliada por cães*

farejadores em seu domicílio à procura de drogas, a ponto de lhe impor uma provável condenação de 5 a 15 anos de reclusão, além da pena prevista para o crime do art. 14 do Estatuto do Desarmamento, no qual já havia incorrido.

16. *A diligência policial, no caso dos autos, a rigor, configurou verdadeira pescaria probatória (fishing expedition) no domicílio do acusado. Com efeito, uma vez que a arma de fogo mencionada na denúncia anônima já havia sido apreendida com o paciente em via pública (distante da residência, frise-se) e não existia nenhum indício concreto, nem sequer informação apócrifa, quanto à presença de drogas no interior do imóvel, não havia razão legítima para que os agentes de segurança se dirigissem até o local e realizassem varredura meramente especulativa à procura de entorpecentes com cães farejadores. Cabia-lhes, apenas, diante do encontro da arma de fogo em via pública, conduzir o réu à delegacia para a lavratura do auto de prisão em flagrante.*

17. *A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do acusado, em violação da norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes.*

18. *Porque as instâncias ordinárias, ao condenar o réu pelo crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.823/2006, consideraram que a apreensão da arma de fogo ocorreu antes e fora da residência, em contexto fático independente, a condenação por tal delito não é atingida pela declaração de ilicitude das provas colhidas no interior do domicílio, notadamente quando verificado que a validade da busca pessoal que resultou na apreensão da referida arma na cintura do paciente não foi questionada pela defesa.*

19. *Ordem concedida para, considerando que não houve fundadas razões, tampouco comprovação de consentimento válido para a realização de buscas por drogas no domicílio do paciente, reconhecer a ilicitude das provas por esse meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolvê-lo em relação à prática do delito de tráfico de drogas." (HC n. 762.932/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2022, DJe de 30/11/2022; sem grifos no original.)*

Assim, verificada a inidoneidade dos fundamentos apontados pelas instâncias ordinárias para justificar o ingresso domiciliar sem ordem judicial, deve ser declarada a nulidade das provas obtidas a partir da invasão ilícita da residência do Recorrente.

Porém, observa-se que, além do crime de tráfico de drogas, o Acusado foi condenado como incurso no art. 16, § 1.º, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, em razão da **apreensão de arma de fogo durante busca veicular, em contexto fático anterior e independente, a respeito do qual não houve insurgência defensiva**. Dessa forma, permanece a condenação pelo delito previsto no Estatuto do Desarmamento, porquanto não contaminada pela ilicitude das provas ora reconhecida.

Nesse contexto fático, ficam estabelecidas as penas finais de **3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo** (fl. 641). Tendo em vista o preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem determinadas pelo Juízo das Execuções.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de: **a) declarar a nulidade das provas obtidas mediante a busca e apreensão domiciliar ilegal realizada no caso em**

apreço, bem como das provas dela decorrentes; **b) absolver** o Recorrente da imputação pelo **crime de tráfico de drogas**, com fundamento no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal; e **c)** no que diz respeito à condenação remanescente (art. 16, § 1.º, inciso IV, da Lei n. 10.826/03), fixar o **regime inicial aberto e substituir a pena reclusiva por restritivas de direitos**, nos termos desta decisão.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de fevereiro de 2023.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora