

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA****HABEAS CORPUS Nº 766621 - SP (2022/0268734-0)**

RELATOR : **MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

IMPETRANTE : ARTHUR PRADO NEVES E OUTROS

ADVOGADOS : JULIANO CALLEGARI MELCHIORI - SP450093
ARTHUR PRADO NEVES - SP449537
VICTOR SEMER WERNER - SP450149

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : XXXXXXXXXX

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado de acórdão assim ementado (fl. 36):

APELAÇÃO CRIMINAL - PRETENSÃO DEFENSIVA DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE, POR ATIPICIDADE DA SUA CONDUTA RELATIVA AO CRIME DE RECEPÇÃO, E POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO, QUANTO A AMBOS OS DELITOS. PLEITOS SUPLETIVOS DE DESCLASSIFICAÇÃO DA SUA CONDUTA ATINENTE AO DELITO PATRIMONIAL PARA A FORMA CULPOSA, E QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA A FORMA DO ART. 28, DA LEI Nº 11.343/06; DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DESSA MESMA LEI, EM SEU GRAU MÁXIMO; DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL DIVERSO DO FECHADO; DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS CORPORAIS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS; DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NOS ARTS. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, E 180, CAPUT, DO CP, NA FORMA DO ART. 69, DO MESMO CÓDEX.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O APELANTE NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO.

TESES DEFENSIVAS QUE NÃO VINGAM, POR FALTA DE AMPARO LEGAL.

Recurso desprovido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e artigo 180, *caput*, na forma do artigo 69 do Código Penal, à pena de 5 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 426 dias-multas.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação ao qual foi negado provimento, mantendo-se a sentença por seus fundamentos.

No presente *writ*, alega o impetrante a ilegalidade da busca domiciliar

desencadeada por denúncia anônima.

Afirma que "a denúncia anônima por si só e desacompanhada de outros elementos investigativos não é suficiente a embasar medidas invasivas, tais como interceptações telefônicas, busca e apreensão e entradas desautorizadas no domicílio." (fl. 10).

Alega ser "de rigor a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o crime de porte de drogas para consumo do art. 28 da Lei nº 11.343/2006." e que "a condenação pelo crime de tráfico de drogas se deu única e exclusivamente com base na quantidade de drogas apreendidas." (fl. 14).

Por fim, afirma ser necessário a readequação da dosimetria de pena com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em sua fração máxima, ou seja, 2/3.

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento de nulidade processual referente à invasão domiciliar com o conseqüente reconhecimento da ilicitude das provas e absolvição do paciente; subsidiariamente, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o crime de porte para consumo previsto art. 28 da Lei 11.343/06; ou, o aumento da fração de 1/6 para 2/3 referente à causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Indeferida a liminar e prestada informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão parcial da ordem.

O voto condutor do acórdão recorrido está assim fundamentado (fls. 38-51):

A materialidade não foi objeto de questionamento recursal, e se mostra devidamente comprovada nos autos..

E a autoria do imputado na prática dos crimes de tráfico de drogas e de receptação, a sua vez, também é certa.

Preso em flagrante delito, ele assumiu a propriedade da maconha apreendida sob o seu travesseiro, alegando que foi adquirida por meio de "vaquinha" com outros membros da comunidade onde morava, e que iriam fazer uma "vela gigante" para fumarem na noite de natal, comunitariamente. Quanto à motocicleta, confessou ter participado indiretamente da subtração, prestando apoio com a sua Honda CG/150 (ficando "mais atrás, na contenção" fl. 82), a outros quatro amigos ("trutas") que encontrou na data daqueles fatos. Confessou, ainda, que levou a moto subtraída para a sua casa, e que pretendia dar umas voltas com ela pela comunidade, a abandonando em seguida em algum lugar. Por fim, se disse arrependido de ter "ido no embalo" (fl. 83) de amigos não identificados (fls. 82/83).

Em Pretório, no entanto, mudou seu discurso, para negar envolvimento nos crimes que lhe foram atribuídos. Para tanto, contou que estava em uma festa com amigos, e todos resolveram ir a outro local, onde ocorria outra. Durante o trajeto, não conseguiu acompanhar seus amigos, que possuíam motocicletas mais potentes que a sua, razão pela qual se perderam, tendo permanecido sozinho na outra festa. Algum tempo depois, retornou ao local anterior e reencontrou-se com eles, momento em que "Gabriel" já estava na posse da motocicleta Kawasaki, e lhe pediu para guarda-la em sua casa, com o que

concordou, mesmo porque ele assegurou não haver qualquer problema. No entanto, foi preso alguns dias depois, tanto em razão da posse da maconha que havia adquirido para o seu consumo, quanto pela motocicleta ali deixada por "Gabriel", fato que alegou não ter informado ao policial, porque ele não o indagou a esse respeito (fl. 185, mídia).

Todavia, essa nova versão exculpatória não vinga, já que completamente isolada do restante do conjunto probatório, além de não ter sido comprovada, a teor do que dispõe o artigo 156, do Estatuto Adjetivo.

Nesse diapasão, o policial militar Marcos Lúcio França, em sintonia com o quanto dito por ele próprio e por seu colega de farda Fábio Soares Martins (fl. 78) na fase inquisitiva contou em Pretório que estava em patrulhamento de rotina com sua equipe, quando **receberam denúncia anônima de transeunte**, dando conta que o morador da residência então informada praticava o tráfico de drogas, possuía arma de fogo e **estava na posse de uma motocicleta produto de ilícito. Na diligência seguinte, constataram a presença da motocicleta no quinta da casa e, aproveitando que o portão e a porta do imóvel estavam abertos, entraram e surpreenderam o réu sozinho, deitado em sua cama, onde foi localizada, sob o travesseiro, quantia considerável de maconha, em formato de tablete, mas nenhuma arma.** Questionado a respeito da procedência do veículo, o apelante alegou que a motocicleta havia sido deixada ali por um amigo, que não identificou (fls. 80 e 183).

Já o proprietário da motocicleta apreendida na casado apelante, Marcos Aurélio da Silva Almeida, nas duas fases do processo, confirmou a ocorrência do roubo em que teve esse bem subtraído, ressaltando que a reconheceu como sendo a sua motocicleta na Delegacia, após ter sido apreendida em poder do acusado, mas negou conhecê-lo (fls. 81 e 184, mídia).

Diante desse cenário, há que se dar o devido valor probatório à palavra do policial, que forneceu relato harmônico, objetivo e coerente quanto às circunstâncias que cercaram a prisão do acusado, sem qualquer demonstração de que tivesse interesse em incriminá-lo falsamente, a teor do que dispõe o artigo 156, do Código de Processo Penal.

Aliás, tendo o apelante arrolado tal miliciano como sua testemunha (fl. 144), a demonstrar a importância de sua narrativa, e não o tendo contraditado, motivo não há para que seu depoimento seja recebido com a parcialidade pretendida em fase recursal, além do que nenhuma razão concreta foi apontada, que se mostrasse apta a invalidar o seu relato, não se prestando, por óbvio, por si só, a profissão do mesmo, para tanto, principalmente quando tal não foi fator impeditivo para que a Defesa o arrolasse como depoente de seu interesse.

[...]

Demais, não provou o recorrente a existência, no local dos fatos, quando da sua prisão, de terceiros que não estivessem a delinquir, e ainda dispostos a narrar, com precisão, sobre o ocorrido, daí porque outras testemunhas de acusação não foram arroladas, observando-se que foi preso só em sua própria casa.

A condenação não se baseou unicamente nas provas colhidas no inquérito policial, mas também no conjunto colhido no curso da instrução processual, que as corroborou, tudo em atenção ao disposto no artigo 155, do Código de Processo Penal, não se vislumbrando, pois, violação a qualquer princípio constitucional.

[...] Acrescente-se a isso, ainda, que a apreensão de nada menos que um tablete de

maconha, na forma compactada, com peso líquido de 314,36g, sem qualquer comprovação de exercício de atividade laborativa lícita por parte do recorrente, que ora se declarou feirante, com rendimentos semanais de R\$ 600,00, ora monitor de buffet infantil, informalmente, sem precisar seus rendimentos, o que, de qualquer modo, não foi comprovado nos autos, a teor do que dispõe o art. 156, do CPP, a indicar, portanto, que não teria a mínima condição de arcar com a aquisição do entorpecente para outro fim que não a mercancia ilícita.

Não há, pois, como se acolher a pretensão defensiva de desclassificação da sua conduta relativa ao crime de tráfico para a forma de posse de droga para uso próprio, diante desse robusto quadro incriminador, sendo indiferente para o deslinde do caso que ele fosse também seu consumidor, vez que a mera alegação de ser usuário não é apta, por si só, a afastar a de traficante.

[...] E no que tange ao crime de receptação, melhor sorte não socorre ao apelante, uma vez que a ciência da origem ilícita da motocicleta apreendida em sua casa emerge das circunstâncias que cercaram a sua prisão, marcada pela sua confissão perante a autoridade policial, não apenas de que tinha plena ciência da origem criminosa do bem que levou para a sua casa, mas também que deu cobertura à ação do roubador, a confirmar, pois, a denúncia que apontou a sua moradia como depósito de drogas, e do veículo de procedência criminosa.

E não há que se falar em desclassificação desse delito patrimonial para a sua forma culposa, uma vez que o dolo direto exigido pelo tipo penal em tela foi sobejamente demonstrado pela sua confissão extrajudicial, não vingando a nova versão apresentada em Pretório, dando conta que seu amigo de prenome "Gabriel" seria o responsável pelo bem, máxime porque não foi identificado e sequer mencionado aos milicianos que o prenderam, ou mesmo ao doutor Delegado de Polícia, ficando claro, pois, que o réu tinha inequívoca ciência de que a motocicleta era produto de crime, como se demonstrou.

Dessa forma, a sua condenação pelos crimes recepcionados era mesmo de rigor.

As penas, à míngua de recurso do Ministério Público, não comportam reparos, observando-se que, bem ao contrário do que alega a Defesa, quando afirmou que "a quantidade de drogas já foi levada em consideração pela d. Magistrada para fins de elevação da pena base, aumentando-a em 1/5" (fl. 259), as básicas de ambos os delitos foram fixadas nos patamares mínimos, ficando assim estabelecida quanto ao delito patrimonial, o que impediu a redução decorrente da atenuante da confissão, expressamente reconhecida na r. sentença quanto ao crime de tráfico de drogas, que aliás se daria de modo indevido, pois tal violaria o acertado entendimento do verbete nº 231, da Súmula do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, as reprimendas relativas ao narcotráfico foram reduzidas em 1/6, com fundamento no §4º, do art. 33, da Lei Especial, sem oposição do Ministério Público, a revelar que o réu foi indevidamente beneficiado com tal redução, não havendo que se falar, portanto, em ampliação ao seu grau máximo, por se tratar de benesse a ser concedida em circunstâncias especialíssimas, quando preenchidos, cumulativamente, todos os seus requisitos, e apenas aos neófitos que se envolvem na atividade da narcotráfica de forma ocasional, e em pequena monta, o que não se observa no caso presente, visto que, embora o apelante seja tecnicamente primário, foi surpreendido na posse de um tablete de maconha, com peso líquido de 314,36g, que a experiência forense denota se prestar para cerca de 400 cigarros, sem demonstrar a mínima capacidade financeira que viabilizasse a posse dessa

grande quantidade de entorpecente para seu mero uso, como alegou em Pretório, e, ainda menos para compartilhar com amigos, como afirmou na Delegacia, tudo a revelar que não satisfaz o terceiro item do rol do aludido dispositivo legal.

E nem se alegue que a quantidade de droga apreendida, ainda que tivesse sido considerada em duas fases distintas da dosimetria das penas, ensejaria bis in idem, mormente porque, no presente caso, demonstra a intensidade da dedicação do recorrente a essa atividade equiparada aos delitos hediondos.

[...] Diante do quantum de penas aplicado, as circunstâncias acima expostas, por si só, afastam a possibilidade de substituição das reprimendas corporais por restritivas de direitos, ou mesmo de fixação de regime prisional inicial diverso do fechado para o desconto da pena afliativa, vez que constituem benefícios incompatíveis com a gravidade, em concreto, dos crimes cometidos, principalmente nas condições em que se deu, com o acusado flagrado na posse de motocicleta avaliada em R\$22.000,00 (fl. 92) e de expressiva quantidade de maconha, observando-se, assim, as graves consequências que poderiam ser alcançadas com sua forma de proceder, além da ousadia acentuada que demonstrou possuir, tudo em consonância com os ditames do quanto determinado no § 3º, do artigo 33, e no artigo 59, ambos do Código Penal, mais o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, levando-se em conta, ainda, a natureza do ilícito cometido, que à míngua de alteração legislativa ou de decisão com efeito vinculante, continua a ser equiparado aos hediondos, que a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos XLIII e LI, estabelece que seja tratado com maior rigor, a ponto de ser o único crime que autoriza a extradição do nacional.

Soma-se a tal que é de entendimento da Turma Julgadora, em casos como este, quanto a dever ser rigorosa a repressão ao delito em tela, não havendo que se descurar, inclusive, que os supramencionados dispositivos constitucionais, como a própria Lei nº 8.072/90, que nada tem de inconstitucional, vez que o decidido no Acórdão referido a fls. 262/263 não tem efeito erga omnes. Demais, quer a Lei 8.072/90, quer a Lei 11.343/06, são especiais, razão pela qual não se podem ser substituídas inclusive quanto ao regime prisional de cumprimento de pena afliativa, pela parte geral do Código Penal, como pretende a Defensoria, encontram pleno amparo na Convenção de Viena, de 1991, de Combate ao Tráfico de Drogas, promulgada no país pelo Decreto nº 154/91, especialmente quanto aos seus artigos 4º, “a”, 6 e 7, que se sobrepõe a todas as demais leis.

Frise-se, aliás, que tal fixação foi devidamente embasada na gravidade concreta do crime praticado, o que vai exatamente ao encontro do quanto estabelecido no verbete nº 440, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, e nos verbetes nº 718 e 719, da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

E no que concerne a aplicação do contido no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, observa-se que detração de pena se trata de matéria cuja apreciação é de competência exclusiva do Juízo das Execuções Criminais, respaldada em legislação especial específica, não obstante reforma parcial do Estatuto Adjetivo a tenha estabelecido também no artigo em comento.

E nem poderia ser diferente, uma vez que apenas o MM. Juiz das Execuções Criminais tem em mãos todo o histórico de condenações do apelante, aí incluídas todas as suas eventuais execuções, como também o seu histórico comportamental, na condição de recluso, decorrendo dessa análise a possibilidade, ou não, de ser a eles deferida eventual progressão de regime prisional.

[...] No tocante ao pedido de isenção quanto ao pagamento das custas processuais, não há que se deferir a benesse ao apelante, visto que muito embora essas sejam decorrentes da condenação, não têm natureza penal, senão tributária, vez que se traduzem por taxa cobrada pelo Estado pela prestação de serviços na esfera judiciária, não havendo que se descurar, aliás, que o recorrente não demonstrou a sua hipossuficiência.

Além disso, a Lei nº 11.608/03, que regulamentou o pagamento desse tributo, já traz definido, no seu artigo 4º, § 9º, que o seu recolhimento se fará nas ações penais, em geral, no valor de 100 UFESPs, ao final, pelo réu, se condenado.

Há que se observar, ainda, conforme se depreende da leitura do caput do artigo 5º, do mesmo diploma legal, que a condição de insolvente pode se alterar com o passar do tempo, não havendo, pois, que se confundir a situação de processado impossibilitado de custear a própria defesa por ora, ou quando do início da ação penal, com a de condenado que, posteriormente, se vê compelido a pagar tributo uma única vez, até porque a sua condição econômica pode se alterar com o passar do tempo.

Em suma, há que se considerar que as custas processuais, regulamentadas por lei estadual, têm natureza tributária, razão pela qual não podem ser abrangidas, para fim de discussão quanto à dispensa, ou não, do apelante, quanto ao seu pagamento, através do presente recurso.

Conforme entendimento firmado nesta Corte Superior, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado.

A despeito de nos crimes permanentes o estado de flagrância se protrair no tempo, tal circunstância não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, encontra-se diante de uma situação de flagrância.

Consoante julgamento do RE 603.616/RO pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária certeza quanto à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante à existência de elementos concretos que apontem para o flagrante delito, o que não se tem no presente caso.

Dos excertos acima transcritos, verifica-se que o acórdão impugnado considerou válida a entrada na residência, pois "o policial militar Marcos Lúcio França, em sintonia com o quanto dito por ele próprio e por seu colega de farda Fábio Soares Martins (fl. 78) na fase inquisitiva contou em Pretório que estava **em patrulhamento de rotina** com sua equipe, quando **receberam denúncia anônima de transeunte**, dando conta que o morador da residência então informada praticava o tráfico de drogas, possuía arma de fogo e **estava na posse de uma motocicleta produto de ilícito. Na diligência seguinte, constataram a presença da motocicleta no quinta da casa e, aproveitando que o portão e a porta do imóvel estavam abertos, entraram e surpreenderam o réu sozinho, deitado em sua cama, onde foi**

localizada, sob o travesseiro, quantia considerável de maconha, em formato de tablete, mas nenhuma arma. Questionado a respeito da procedência do veículo, o apelante alegou que a motocicleta havia sido deixada ali por um amigo, que não identificou (fls. 80 e 183)".

Nesse contexto, concluiu pela validade das provas obtidas mediante invasão domiciliar em razão de denúncia anônima. Entretanto, não há indicação de diligências investigatórias preliminares que demonstrassem elementos mais robustos da ocorrência de tráfico. O ingresso na residência não se baseou em fundadas razões a indicar que dentro da casa ocorresse situação de flagrante.

Consoante entendimento desta Corte Superior, "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 desconfiança 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" (HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021.)

Dessarte, reconhecida a ilicitude das provas obtidas por meio da invasão de domicílio, bem como as delas derivadas, a sentença deverá ser anulada, absolvendo-se o paciente, por ausência de provas da materialidade dos delitos.

Ante o exposto, concedo o ***habeas corpus*** para reconhecer a nulidade das provas obtidas nas buscas ilícitas ocorridas na residência em que se encontrava o paciente, bem como as delas derivadas, e absolvê-lo das imputações da denúncia (art. 386, II e VII - CPP), determinando a sua soltura incontinenti se por outro motivo não estiver preso. Julgo prejudicada a análise das questões remanescentes.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 28 de outubro de 2022.

OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

Relator