



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 779944 - SP (2022/0340008-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : NATAN TERTULIANO ROSSI
ADVOGADO : NATAN TERTULIANO ROSSI - SP367484
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCUS VINICIUS DE CARVALHO SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCUS VINICIUS DE CARVALHO SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem postulada no HC n. 2212073-20.2022.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente, preso preventivamente, está sendo processado pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, porque, em tese, no dia 27 de julho de 2022, por volta das 12h, na Rua Zoanazi Gubolin n. 342, na cidade de São José do Rio Preto, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, após aquisição de pessoa não identificada, trazia consigo, tinha em depósito e guardava, com o propósito de fornecer ou entregar a consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, 9,815 kg de maconha, distribuídas em 9 tijolos e 80 porções.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte local, pleiteando "o reconhecimento de nulidade resultante da invasão de domicílio por parte dos policiais que realizaram a prisão em flagrante do paciente, com a consequente revogação de sua prisão preventiva e expedição do alvará de soltura" (e-STJ fl. 22).

No entanto, em sessão de julgamento realizada no dia 13/10/2022, a 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade de votos, denegou a ordem, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 22):

HABEAS CORPUS. Tráfico de drogas. Nulidade da prisão do paciente em razão da ilicitude das provas, notadamente pela violação de domicílio. Não cabimento. Nulidade não verificada. Pleito de revogação da prisão preventiva. Expressiva quantidade e variedade de drogas, consistente

em aproximadamente 9,8kg de maconha. Paciente reincidente específico e preso durante cumprimento de pena em regime aberto. Gravidade concreta da conduta. Circunstâncias que até o momento impõem a manutenção da prisão preventiva. Ordem denegada.

Daí o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, no qual a defesa insiste no reconhecimento da nulidade do feito em razão da invasão domiciliar promovida pelos policiais que realizaram a prisão em flagrante do acusado.

Aduz que não houve autorização do acusado para a entrada dos policiais, que teria ocorrido apenas com base na fuga do paciente para o interior de sua residência ao avistar a viatura policial.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, seja concedida a ordem, mediante "o reconhecimento da nulidade das provas obtidas com a violação de domicílio, relaxando a prisão do paciente, com a consequente liberdade e expedição do alvará de soltura" (e-STJ fl. 19).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 49/51).

As informações foram devidamente prestadas pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto/SP (e-STJ fls. 54/57).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do presente *mandamus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 61):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS (APROXIMADAMENTE 9 QUILOS DE MACONHA). ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NO INGRESSO DE POLICIAIS NO DOMICÍLIO OU NA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. PROVAS LÍCITAS. EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES ANTERIORES. JUSTA CAUSA PRÉVIA PARA O INGRESSO DOS POLICIAIS. REQUISITOS E FUNDAMENTOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem,

de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe de 27/5/2015; e STF, HC n. 113.890/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJe de 28/2/2014.

Mais recentemente: STF, HC n. 147.210-AgR, Relator Ministro EDSON FACHIN, DJe de 20/2/2020; HC n. 180.365-AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, DJe de 27/3/2020; HC n. 170.180-AgR, Relatora Ministra CARMEM LÚCIA, DJe de 3/6/2020; HC n. 169.174-AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, DJe de 11/11/2019; HC n. 172.308-AgR, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe de 17/9/2019 e HC n. 174.184-AgRg, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe de 25/10/2019. STJ: HC n. 563.063-SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 10/6/2020; HC n. 323.409/RJ, Relator p/ acórdão Ministro FELIX FISCHER, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 8/3/2018; HC n. 381.248/MG, Relator p/ acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 22/2/2018, DJe de 3/4/2018.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Como é de conhecimento, 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, Relator Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, Repercussão Geral - Dje 9/5/1016 Public. 10/5/2016).

Confira-se, a propósito, a ementa do referido julgado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante

*delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. **Justa causa.** A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603.616, Relator(a): Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito - DJe-093, divulg 9/5/2016, public 10/5/2016) - Negritei.*

Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em domicílio alheio 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, 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.

Ao ensejo: *O ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial para busca e apreensão é legítimo se amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, especialmente nos crimes de natureza permanente, como são o tráfico de entorpecentes e a posse ilegal de arma de fogo (AgRg no HC n. 612.972/SP, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quinta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 28/6/2021).*

Em acréscimo, o e. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, no julgamento do REsp n. 1.574.681/RS, destacou que: *a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na*

identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar (REsp n. 1.574.681/RS, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe de 30/5/2017).

Rememorando o caso dos autos, extrai-se das informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau que (e-STJ fls. 54/56):

Pelo presente, em atenção ao solicitado nos autos em epígrafe, tem a honra de prestar a Vossa Excelência as informações que seguem:

O Habeas corpus foi impetrado em favor de Marcus Vinicius de Carvalho Silva. Alega o impetrante em síntese que nulo o ingresso policial no domicílio do paciente, o que tornariam nulas as provas decorrentes e a própria atuação em flagrante.

Pois bem.

Segundo consta, durante patrulhamento de rotina policiais militares avistaram o paciente defronte à sua residência. Ao notar a viatura, ele apresentou intenso nervosismo a ponto de sair correndo em direção ao imóvel, o que levantou suspeitas da prática de algum ilícito. Diante disso, perseguiram o paciente e conseguiram abordá-lo dentro da casa. Em seu poder havia 05 mini-tijolos de maconha. Em uma mobília ali próxima, notaram R\$ 4.495,00 em dinheiro ao lado de folhas de caderno com nomes e valores, aparentando se tratar de anotações sobre a comercialização de drogas. Questionado, o paciente admitiu a traficância e informou que possuía mais entorpecentes escondidos no forro do telhado da casa vizinha. No local indicado, localizaram 02 mochilas, as quais continham: 09 tijolos grandes de maconha; 75 porções menores de tamanho típico da comercialização, e uma balança de precisão. Novamente indagado, o paciente admitiu que comercializava drogas em sua residência.

Quanto à alegação de suposta nulidade na violação do domicílio, é cediço que o tráfico de entorpecentes é crime permanente, logo, se presente o flagrante delito, é poder-dever dos agentes policiais ingressar nos imóveis e interromper a conduta. Neste sentido:

Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandando de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (precedentes) (STJ, HC 306.560/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, J. 18/08/2015, DJe 01/09/2015).

Ponderando o direito constitucional de inviolabilidade de domicílio e o dever, também constitucional, de agir em face do flagrante delito, o Eg. Supremo Tribunal Federal fixou o parâmetro para se aferir a licitude da entrada sem mandado judicial. Vejamos:

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. STF. Plenário. RE 603616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4 e 5/11/2015 (repercussão geral) (Info 806).

Pelos elementos colhidos até o momento, o paciente denotou atitude suspeita, revelada por seu intenso nervosismo e o ato sair correndo para dentro do imóvel, simplesmente por notar a viatura policial. Por conseguinte, os militares desconfiaram da prática de algum ilícito no

imóvel, o que justificou a entrada no local.

Assim, vislumbram-se fundadas razões para o ingresso policial, que foram posteriormente justificadas quando de seus depoimentos na fase policial.

No mais, há nos autos prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, consubstanciados nas fotografias das drogas, auto de exibição e apreensão, laudo de constatação, depoimentos de testemunhas, dentre outros. O paciente é reincidente específico (fls. 43/44). Ele havia deixado o sistema prisional em 16/04/2021, sendo beneficiado com o regime aberto. Em pouco mais de um ano foi preso mais uma vez por tráfico, portando mais de 09 quilos de droga (27/07/2022). Nesse contexto, vislumbra-se intimidade com a traficância e risco concreto de reiteração criminosa, tornando a prisão cautelar o único meio capaz de se resguardar a ordem pública.

O crime imputado é doloso e possui pena máxima superior a 04 anos. Ademais, o réu é reincidente específico, portanto preenchidas duas hipóteses do art. 313, do CPP.

Por fim, informo que os autos aguardam a notificação do paciente e a apresentação de defesa preliminar, conforme rito especial da Lei de Drogas. Entendo serem estas informações suficientes para o deslinde da questão e coloco-me à disposição de Vossa Excelência para, se for o caso, complementá-las.

Apresento a Vossa Excelência protestos de elevada estima e distinta consideração. - negritei.

Em consulta realizada ao sítio eletrônico do TJSP acerca do andamento da ação penal de origem (autos n.1501324-54.2022.8.26.0559), observa-se que existe audiência de instrução e julgamento designada para o dia 14/2/2023.

Na hipótese, a Corte local, no julgamento do *habeas corpus* lá impetrado, validou a ação policial, pois entendeu presente fundadas razões para a incursão policial no imóvel.

Confira-se, no ponto, a seguinte passagem do voto condutor do acórdão ora impugnado (e-STJ fls. 23/24):

É, em síntese, o relatório.

A ordem não comporta acolhimento.

O paciente está sendo processado porque, em tese, no dia 27 de julho de 2022, por volta das 12h, na Rua Zoanazi Gubolin n. 342, na cidade de São José do Rio Preto, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, após aquisição de pessoa não identificada, trazia consigo, tinha em depósito e guardava, com o propósito de fornecer ou entregar a consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, 9,815 kg de maconha, distribuídas em 09 tijolos e 80 porções (fls. 79/82 - autos originais).

Conforme constou da denúncia, policiais militares, em patrulhamento de rotina, avistaram o paciente em via pública e ele, ao avistar a aproximação da viatura, demonstrou nervosismo e correu para o interior da residência situada na Rua Zoanazi Gubolin, n. 342, o que motivou a abordagem. Em revista pessoal, os policiais apreenderam, com o paciente, cinco porções de maconha, cortadas em pequenos tijolos, de forma compacta e embalados prontos para comercialização.

Em revista no imóvel, os agentes públicos localizaram, sobre um móvel tipo aparador, duas folhas de caderno com anotações típicas da venda de drogas e a quantia de R\$ 4.495,00 em dinheiro.

Indagado, o paciente confessou informalmente o tráfico de drogas e indicou que armazenava mais substâncias ilícitas no forro da casa de sua vizinha. Em revista no local indicado pelo paciente, os policiais militares localizaram duas mochilas contendo nove tijolos de maconha e outras 75 porções menores da mesma droga, todas embaladas e prontas para comercialização.

A despeito da argumentação defensiva, não verifico, prima facie, qualquer ilicitude no ingresso dos policiais militares na residência do paciente.

No presente caso, os policiais militares apenas ingressaram na residência em questão após o paciente, ao notar a aproximação da viatura, ter demonstrado "extremo nervosismo" e empreendido fuga para o interior do imóvel, o que revela a existência de justa causa para entrada no domicílio sem o devido mandado de busca e apreensão.

Além do mais, pelo que se infere dos autos, parte das drogas apreendida foi localizada sobre o forro da casa vizinha, o que, ao menos a princípio, afasta a tese de nulidade pela violação de domicílio. - negritei.

Com efeito, observa-se que a prisão em flagrante do paciente somente ocorreu em virtude de os policiais militares, em patrulhamento de rotina, verificaram comportamento tido por suspeito de determinado indivíduo (ora paciente) na porta do imóvel, o qual teria entrado para casa ao avistar a viatura policial. Assim, **com base exclusivamente nesses elementos**, os agentes estatais ingressaram na residência e realizaram busca pessoal e domiciliar, sendo encontrada aproximadamente a quantidade de 9,8kg de maconha, além de outros objetos e a quantia de R\$ 4.495,00 em dinheiro.

Ressalta-se que não houve qualquer referência à prévia investigação, monitoramento ou campanas no local, havendo, apenas, a descrição do fato de que o paciente teria adentrado na residência ao avistar a guarnição policial, de maneira que, a meu ver, não se configurou o elemento "fundadas razões" a autorizar o ingresso no domicílio em questão.

Ora, como é cediço, esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que: *A fuga do paciente ao avistar patrulhamento não autoriza presumir armazenamento de drogas na residência, nem o ingresso nela sem mandado pelos policiais. O objetivo de combate ao crime não justifica a violação "virtuosa" da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI - CF) (HC n. 697.262/SP, Relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021).*

De rigor, portanto, o reconhecimento de ilegalidade na busca domiciliar, com a consequente decretação de nulidade das provas obtidas durante a diligência, bem como daquelas decorrentes, motivo pelo qual, afastada a prova de existência do fato, deve-se trancar a ação penal quanto ao tipo penal previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Ao ensejo:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA ILÍCITA. REVISTA PESSOAL E VEICULAR REALIZADA POR GUARDA MUNICIPAL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Considera-se ilícita a busca pessoal, domiciliar pessoal e veicular executadas por guardas municipais sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal.

2. Tendo a busca pessoal ocorrido apenas com base em parâmetros subjetivos dos agentes de segurança, sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva, deve ser reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova, determinando-se o trancamento da ação penal.

3. Recurso em habeas corpus provido para declarar ilegal a apreensão e, conseqüentemente, determinar o trancamento da ação penal.

(RHC n. 142.588/PR, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 31/5/2021) - Negritei.

Ademais, relevante pontuar que, ainda que as provas encontradas posteriormente configurem crime permanente, estas não podem ser usadas para justificar, *a posteriori*, a violação do domicílio. Isso porque as razões que justifiquem o ingresso na residência devem existir no momento da ação ou previamente a ela. A constatação posterior da situação de flagrância não é capaz de conferir licitude à invasão, de forma retroativa.

Ao ensejo: *A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia dos acusados, em violação a 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 e a própria ação penal relativa aos delitos descritos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, porque apoiada exclusivamente nessa diligência policial (HC 665.668/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 21/9/2021).*

Assim, verificada a ilegalidade da entrada dos policiais na residência em que o paciente foi flagrado, sem mandado judicial, sem a prévia anuência do morador e sem qualquer indício concreto de que ali estivesse sendo cometido crime permanente, todas as provas decorrentes dessa atuação policial são provas ilícitas.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas, a fim de determinar o

trancamento da Ação Penal de n. 1501324-54.2022.8.26.0559, em curso perante o Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto/SP.

Em consequência, expeça-se alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não se encontrar preso.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto/SP, encaminhando-lhes o inteiro teor desta decisão.

Intimem-se.

Brasília, 23 de janeiro de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator