



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 752251 - SP (2022/0196685-7)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : JULIO CESAR CAGLIUME
ADVOGADO : JULIO CESAR CAGLIUME - SP394986
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS GABRIEL DINIZ DE CASTRO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

CARLOS GABRIEL DINIZ DE CASTRO alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 1500444-59.2019.8.26.0594.

Nesta Corte, a defesa postula a declaração da nulidade do ingresso dos policiais no domicílio ou a desclassificação para o art. 28 do mesmo diploma legal.

O Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 128-130.

Decido.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, "à medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo" (fl. 93).

Irresignado, o Ministério Público recorreu. A Corte estadual deu provimento ao apelo para condenar o réu à pena de 5 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

De plano, observo que a matéria atinente à nulidade do ingresso na

residência não foi apreciada pelas instâncias ordinárias, circunstância que impediria o exame do tema por este Tribunal Superior. Todavia, pela leitura do auto de prisão em flagrante, constato a ocorrência de **flagrante ilegalidade** na espécie, o que enseja a **concessão de habeas corpus de ofício**.

O caso ora sob julgamento traz a lume antiga discussão sobre a legitimidade do procedimento policial que, após a entrada no interior da residência de determinado indivíduo, sem o seu consentimento válido e sem autorização judicial, logra encontrar e apreender drogas, de sorte a configurar a prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, cujo caráter permanente autorizaria, segundo antiga linha de pensamento, o ingresso domiciliar.

O **art. 5º, XI, da Constituição da República** consagrou a regra de 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".

O texto constitucional estabeleceu, no referido dispositivo, a máxima de que a morada de alguém é seu asilo inviolável, atribuindo-lhe contorno de direito fundamental vinculado à proteção da vida privada e ao direito à intimidade. Ao mesmo tempo, previu, em *numerus clausus*, as respectivas exceções, quais sejam: a) se o morador consentir; b) em flagrante delito; c) em caso de desastre; d) para prestar socorro; e) durante o dia, por determinação judicial.

A jurisprudência e a doutrina pátria entendiam, até recentemente, que, por ser o tráfico de drogas crime de natureza permanente, no qual a consumação se protraí no tempo, estaria autorizado o ingresso em domicílio alheio a qualquer momento e sem necessidade de autorização judicial ou consentimento do morador, o que decorria de interpretação literal do permissivo constitucional, que alude a "flagrante delito" entre as hipóteses de ressalva à inviolabilidade domiciliar.

Porém, o Supremo Tribunal Federal aperfeiçoou esse entendimento, a partir do julgamento do **RE n. 603.616/RO** (Tribunal Pleno, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, julgado em 5/11/2015, DJe-093), com repercussão geral previamente

reconhecida. Na oportunidade, o Plenário assentou a seguinte tese, referente ao Tema 280: "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" (destaquei).

Nossa Corte Suprema, em síntese, definiu que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia ou da noite – quando amparado em fundadas razões – na dicção do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal –, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que apontem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

Conforme narrado pelo condutor da prisão em flagrante, os fatos se deram da seguinte forma (fl. 27):

Que na noite de hoje por volta de 20:00 horas efetuava patrulhamento de rotina pela Avenida Padre Salustio Machado quando avistaram o condutor de uma motocicleta que seguia a frente, o qual ao olhar para trás e perceber a viatura, virou a esquerda e acelerou iniciando fuga. Que foi acompanhado até o momento que desembarcou na residência de nº 1669 da rua Anita Garibaldi onde foi detido no quintal. Submetido a revista pessoal em seu poder, precisamente nos bolsos da bermuda localizaram 02 invólucros de cocaína, e na pochete que o mesmo carregava outras 02 porções de maconha bem como a quantia de R\$ 912,85 Reais em notas diversas. Questionado o então identificado como Carlos Gabriel Diniz de Castro informou que ali era a residência de sua namorada, sendo que passaram a efetuar busca visto que o autor poderia ter jogado algo antes da abordagem, vindo a localizar num quartinho nos fundos 05 pedras de crack, 05 porções de maconha, 01 balança de precisão duas facas com resquícios de drogas, 01 estilete, além de far to material plástico destinado a embalar entorpecentes. Questionada a moradora Rafaela Gilioli Alves, proprietária da residência alegou que seu namorado Carlos utilizaria o local para fazer uso de entorpecente, no entanto questionada sobre a quantidade de invólucros plásticos e as facas evidenciando que ali era manipulado e embalado entorpecente para venda manteve-se calada. Esclarece que pela quantidade de material para preparo da droga não restou duvida que Rafaela sedia voluntariamente o espaço para a atividade criminosa. Que diante dos fatos foi dado voz de prisão em flagrante a Carlos Gabriel Diniz de Castro e Rafaela Gilioli Alves providenciando a

condução de ambos até a presença da Autoridade Policial que ratificou a voz de prisão dada.

Pela leitura do excerto transcrito, considero que **não havia fundadas razões** acerca da prática de crime(s), a autorizar o ingresso no domicílio da namorada do paciente.

Conforme visto, as instâncias ordinárias reputaram ser lícitas as provas obtidas em desfavor do réu, com base, essencialmente, nos seguintes argumentos: a) **"comportamento suspeito" do paciente que, ao notar a presença dos policiais, acelerou a motocicleta que conduzia e empreendeu fuga;** b) **posterior abordagem do acusado, já no quinta da residência, ocasião em que, em busca pessoal, foram localizadas duas porções de maconha e duas porções de cocaína.**

Quanto ao primeiro fundamento, faço lembrar que, conforme tem reiteradamente decidido esta Corte Superior de Justiça, **atitude considerada suspeita e nervosismo do acusado ao avistar os policiais não constituem justa causa** a autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial.

Exemplificativamente, menciono, dentre muitos: "[...] o simples fato de o agente apresentar nervosismo ao avistar os policiais e, em conversa informal, relatar o local onde guardava as drogas não traz contexto fático que justifique a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial." (**HC n. 682.934/SP**, Rel. Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**, 6ª T., DJe 8/10/2021).

Da mesma forma, o fato de o réu, ao haver avistado os policiais, **ter empreendido fuga até chegar ao quintal da residência** também não constitui uma situação justificadora do ingresso em seu domicílio, especialmente porque esse comportamento pode ser atribuído a várias causas que não, necessariamente, a de estar portando ou comercializando substância entorpecente.

Esclareço, por oportuno, que, em sessão realizada no dia 20/4/2021, a

Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do **REsp n. 1.854.633/MG** e do **REsp n. 1.879.371/SP** (ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti), reiterou a sua compreensão de que o simples fato de o réu sair correndo para o interior da residência ao avistar os policiais **não constitui, por si só, fundadas razões** a autorizar o ingresso dos agentes estatais em seu domicílio, sem prévia autorização judicial e sem o consentimento válido do morador.

Além disso, conquanto a autoridade policial descreva a apreensão de drogas em busca pessoal, vejo que a diligência foi realizada quando o réu **já estava no quintal da casa, local também protegido pela inviolabilidade de domicílio**, consoante jurisprudência desta Corte Superior. A propósito:

[...]

1. Deve ser declarada a nulidade de todas as provas obtidas durante a busca domiciliar, porque os policiais não dispunham de mandado judicial para a entrada no imóvel, mas, ainda assim, lá ingressaram, amparados apenas: (i) em denúncias anônimas indicando que o Réu estaria vendendo e armazenando drogas no local; (ii) na fuga do Acusado para a sua residência, permanecendo no quintal, onde haveria tentado se esconder; e (iii) na suposta autorização dada pelo Acusado, quando alcançado pelos policiais.

2. Embora as instâncias ordinárias tenham ressaltado que, em sede policial, o Paciente afirmou que a busca domiciliar fora consentida e, em juízo, o Réu permaneceu em silêncio, não é o caso de se validar a abordagem pela autorização do morador, diante do contrassenso ora explicitado: **o suposto consentimento, se acaso existente, teria sido dado pelo Paciente após consumada a invasão de seu domicílio, quando os policiais já se encontravam no quintal de sua residência (área protegida pela inviolabilidade domiciliar).**

3. Ordem de habeas corpus concedida para reconhecer a nulidade das provas obtidas mediante violação de domicílio, bem como suas derivações e, por conseguinte, cassar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, absolvendo o Paciente da acusação formulada nos autos da Ação Penal n. 0076068-22.2019.8.19.0001 e determinando sua imediata soltura, se por outro motivo não estiver preso.

(**HC n. 681.468/RJ**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe 19/9/2022, grifei)

Portanto, uma vez que, no caso dos autos, **não há nem sequer como inferir que o réu estivesse praticando o delito de tráfico de drogas**, ou mesmo

outro ato de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, entendo não haver razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, **ainda que tenha havido posterior descoberta e apreensão, em sua residência, de substâncias entorpecentes**, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância.

Diante de tais considerações, tenho que a descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do acusado, 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 a ambos os delitos –, porque apoiada exclusivamente nessa diligência policial.

A propósito, faço lembrar que a essência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (melhor seria dizer venenosa, tradução da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, repudia as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra contaminada por ilicitude original.

Por conseguinte, inadmissíveis também as provas derivadas da conduta ilícita, pois **evidente o nexo causal entre uma e outra conduta**, ou seja, a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de substâncias entorpecentes. Não se pode, evidentemente, admitir que o aleatório subsequente, fruto do ilícito, conduza à licitude das provas produzidas pela invasão ilegítima.

À vista do exposto, **concedo habeas corpus de ofício**, por considerar que não houve fundadas razões, tampouco comprovação de consentimento válido para o ingresso no domicílio, a fim de reconhecer a ilicitude das provas por tal meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolver o paciente em relação à prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com fulcro no art. 386, II, do CPP.

Determino, por conseguinte, a expedição de **alvará de soltura** em favor do réu, se por outro motivo não estiver ou não houver a necessidade de ser preso.

Comunique-se, **com urgência**, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 01 de agosto de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator