



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 685978 - SP (2021/0254047-0)

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

EMBARGANTE : EMERSON SILVA DE OLIVEIRA

ADVOGADOS : MERHEJ NAJM NETO - SP175970  
DIOGO DE PAULA PAPEL E OUTROS - SP345748

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra decisão que denegou o *habeas corpus*.

A defesa alega a ocorrência de omissão, "porquanto, na realidade, a defesa debateu e questionou todos os pontos, inclusive com juntada de todos os acórdãos proferidos pela corte estadual a respeito da mesmíssima temática, isto é, da invasão domiciliar ilegal".

Destaca que, sanando referida omissão, "Excepcionalmente, com a abordagem da matéria de fundo do writ, requer-se seja dado ao recurso efeito infringente com a justa concessão da ordem de *habeas corpus*".

Requer, nesse contexto, o acolhimento dos embargos para a concessão da ordem de *habeas corpus*.

Em atenção ao princípio da fungibilidade, da instrumentalidade das formas, da ampla defesa e da efetividade do processo, inexistindo propósito de sanar vício, mas de modificar a decisão, é de se receber os embargos de declaração como agravo regimental. Nesse sentido: EDcl nos EAREsp 556.384/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 07/05/2018; EDcl nos EAREsp 761.274/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/04/2016, DJe 06/05/2016.

A decisão impugnada está assim fundamentada (fls. 406-408):

O Tribunal de origem assim decidiu quanto ao tema ora versado (fls. 202-208):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática proferida por este Relator nos autos do habeas corpus nº 2141963- 30.2021.8.26.0000, que não conheceu do pedido formulado em favor de Emerson Silva de Oliveira,

pretendendo a nulidade das provas, frente a invasão de domicílio por parte dos policiais militares, diante da ausência de autorização judicial e, conseqüentemente, o sobrestamento da ação penal.

Pleiteia, o provimento do presente agravo regimental, para que seja declarada ilícita a prova obtida de forma ilícita, através de invasão domiciliar sem autorização judicial e sem a anuência do paciente e de seu genitor, com o conseqüente trancamento da Ação Penal n.º 1500205-72.2021.8.26.0210.

II - Fundamentação O agravo regimental não comporta provimento.

[...] Constou da decisão monocrática impugnada:

"Não se conhece liminarmente do habeas corpus.

Extrai-se das informações complementares obtidas mediante consulta ao sistema de gestão processual desta C. Corte (SAJ) que o presente recurso trata-se de mera reiteração da matéria deduzida nos autos do Habeas Corpus nº 2129296- 12.2021.8.26.0000, no qual foram juntadas as informações prestadas pela Autoridade dita coatora, atualmente, aguarda-se o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Isso posto, por força do que reza o princípio da unirrecorribilidade dos recursos, segundo o qual não é cabível, em regra, o manejo de mais um recurso, pela mesma parte, contra a mesma decisão, sentença ou acórdão, não há como se conhecer do presente reclamo, mesmo porque pendente de julgamento habeas corpus anteriormente interposto pelo apelante com esteio em idêntica causa de pedir".

Verifica-se que o pedido formulado no habeas corpus nº 2141963-30.2021.8.26.0000, da mesma forma do anteriormente deduzido no habeas corpus nº 2129296-12.2021.8.26.0000, em síntese, alegam que há nulidade das provas, frente a invasão de domicílio por parte dos policiais militares, diante da ausência de autorização judicial ou anuência dos moradores.

Deste modo, tais premissas serão analisadas no bojo do Habeas Corpus nº 2129296-12.2021.8.26.0000, também impetrado em favor do paciente, mesmo porque, por ocasião do julgamento, esta Colenda 11ª Câmara de Direito Criminal se pronunciará sobre a matéria, de modo que a impetração não comporta novo pronunciamento.

Se a prova é ilícita, não ilegítima, ela, mais que qualquer outra, deve ser afastada, em qualquer fase, na investigativa e na contraditória, aliás, se ficar nos autos, deve ser retirada e, dependendo de seus contornos, ter seus efeitos analisados em outras esferas. Dessa forma, na condição de argumento ou na de pedido principal, será apreciada e terá a consequência jurídica cabível, para a integridade do ordenamento jurídico. Até mesmo, pode-se cogitar de sua análise "de ofício", ultrapassando aquilo que as partes solicitam. O assunto fica na precariedade da "querela nulitatis insanabilis", ultrapassa a coisa julgada.

Dessa forma, o assunto não ficará desaperecebido, se houver configuração da prova "ilícita".

Ela não pode subsistir, sob pena de negar-se a própria Jurisdição. Dela pode advir a libertação de alguém, o trancamento de um processamento, ou uma e outra atitude concomitantemente. É por demais grave. Aqui existe uma maleabilidade maior para sanar o problema. Em outras palavras, não é necessário um remédio constitucional para libertar alguém e outro para a ação não prosseguir, se houver lastro apenas nesse tipo de prova, que não tem acolhida constitucional e legal. Num só processamento resolve-se tudo, até mesmo para concreção da celeridade e economia processuais.

No mais, acrescenta-se que o trancamento de ações penais, pela estreita via do habeas corpus, constitui medida reservada a hipóteses excepcionais, quando evidenciada, de plano e de forma inequívoca, por meio de provas pré-constituídas, a ilegalidade da persecução penal deflagrada, por atipicidade de conduta, a ausência de comprovação da materialidade do delito ou a inexistência de indícios suficientes de autoria, independentemente de exame aprofundado de matéria fática e de análise valorativa de elementos de prova, atividade incompatível com o rito especial e sumaríssimo deste remédio constitucional, pois, sabidamente, não admite produção de provas.

In casu, não se trata de hipótese de manifesta ausência de materialidade e de indícios de autoria, passíveis de serem identificadas, de pronto e de forma inequívoca, a partir dos limitados documentos de prova que destes autos constam, os quais, supostamente, apontam a participação da paciente no fato criminoso em tela.

III Conclusão Ante o exposto, vota-se pelo desprovimento do agravo regimental, mantendo-se a decisão impugnada.

Como se vê, a Corte de origem não examinou o tema versado no presente writ, pois "não há como se conhecer do presente reclamo, mesmo porque pendente de julgamento habeas corpus anteriormente interposto pelo apelante com esteio em idêntica causa de pedir".

Com efeito, ao afastar o exame do pleito veiculado pelo ora impetrante, destacou a coincidência do pedido com outro anteriormente formulado, afirmando que "o pedido formulado no habeas corpus nº 2141963-30.2021.8.26.0000, da mesma forma do anteriormente deduzido no habeas corpus nº 2129296-12.2021.8.26.0000".

Assim, o exame da matéria por esta Corte ensejaria inviável supressão de instância.

Ante o exposto, denego o habeas corpus.

Verifica-se que o Tribunal de origem não examinou o ***habeas corpus*** que ensejou a presente impetração, tendo em vista a existência de outro ***writ***, lá impetrado, com fulcro em idêntica causa de pedir. A propósito, destacou que "o pedido formulado no habeas corpus nº 2141963-30.2021.8.26.0000, da mesma forma do anteriormente deduzido no habeas corpus nº 2129296-12.2021.8.26.0000".

Porém, juntou-se aos autos cópia do ***habeas corpus*** nº 2129296-12.2021.8.26.0000 (fls. 314-325), o que viabiliza o exame do tema relativo à invasão de

domicílio, acerca do qual a Corte de origem assim decidiu (fls. 316-319):

[...]. De início, cumpre consignar que o ingresso no domicílio trata-se de uma causa especial de exclusão da ilicitude, com relação aos delitos de violação de domicílio, previsto no artigo 150, § 3º, II, do Código Penal. Podendo sobrevir diante da ocorrência de uma das hipóteses de flagrância elencadas no artigo 302, do Código de Processo Penal. **Verifica-se, no caso em apreço, os policiais ingressaram no domicílio do paciente diante de fundadas razões levantadas durante a diligência policial**, destaca-se o trecho da denúncia de fls. 64/67:

**"Por volta das 00h00, o EMERSON se encontrava do lado de fora de casa, na Rua 20-B, ocasião em que avistou uma viatura policial e empreendeu fuga em direção ao quintal de sua residência. Os militares deram ordem de parada e conseguiram abordá-lo, momento em que o denunciado disse aos policiais que correu porque estava cumprindo medida cautelar e não poderia estar na rua naquele horário. EMERSON e seu genitor autorizaram os policiais a realizarem buscas no imóvel, tendo os militares encontrado as drogas acima descritas,** que estavam no forro próximo à caixa d'água, oportunidade em que EMERSON admitiu a propriedade das substâncias e a prática do crime de tráfico de entorpecentes, indicando, ainda, o local onde guardava o dinheiro, que também foi apreendido."

**Na hipótese, ele estava cometendo a infração penal, assim sendo, a entrada na residência para interromper a prática ilícita não demanda ordem judicial, e pode ser feita durante o dia ou à noite. O delito em questão, tráfico de drogas, é de crime permanente, isto é, a execução se protraí no tempo, autorizando a prisão em flagrante enquanto mantida a permanência do ilícito.**

Outrossim, **a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em que se exige necessária documentação e registro audiovisual não incide na espécie, pois muito recente, dando novos contornos a entendimento diverso até então** (Habeas Corpus nº 598/051 — SP — 2020/0176244-0 — Relator Rogerio Schiatti Cruz — J. 5.3.2021).

E a nova interpretação tem período para ser implantado: "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".

Por conseguinte, como já antecipado em sede liminar, a decisão impugnada (fls. 70/72) atende os requisitos dos artigos 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição Federal, e 283, caput, 310 e 315, do Código de Processo Penal, máxime porque ponderou entre as circunstâncias do caso concreto e as subjetivas da paciente. Destaca-se:

**"(..) No caso dos autos, conforme depoimento do policial condutor (fls. 2), em patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, depararam-se com o indiciado Emerson da Silva de Oliveira. Na ocasião, segundo os policiais, houve tentativa de fuga, tendo o averiguado corrido para dentro do quintal de sua residência,**

**sendo abordado.** Descrevem os policiais que ele teria informado que correu, pois estava cumprindo medida cautelar e que não poderia estar na rua naquele horário e ao ser questionado sobre tráfico ilícito de drogas foi por ele negado. **Na situação, acompanhado do pai do averiguado, Edvaldo, foi por ele franqueada a entrada dos policiais na residência, logrando-se localizar, no forro próximo à caixa da água, 31 eppendorfs contendo cocaína. [...].**

Como se vê, o acórdão destaca que os policiais estavam realizando "patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, depararam-se com o indiciado Emerson da Silva de Oliveira. Na ocasião, segundo os policiais, houve tentativa de fuga, tendo o averiguado corrido para dentro do quintal de sua residência, sendo abordado"; e que, "Na situação, acompanhado do pai do averiguado, Edvaldo, foi por ele franqueada a entrada dos policiais na residência, logrando-se localizar, no forro próximo à caixa da água, 31 eppendorfs contendo cocaína".

Em conclusão, a Corte de origem ainda destaca que "ele estava cometendo a infração penal, assim sendo, a entrada na residência para interromper a prática ilícita não demanda ordem judicial, e pode ser feita durante o dia ou à noite. O delito em questão, tráfico de drogas, é de crime permanente, isto é, a execução se protraí no tempo, autorizando a prisão em flagrante enquanto mantida a permanência do ilícito".

Contudo, segundo a dinâmica dos fatos narrada, apenas após entrar na residência é que se descobriu a existência de entorpecentes. Ou seja, a entrada no domicílio não foi motivada pela suspeita da prática de crime permanente, que só foi descoberto após o ingresso.

É bem verdade que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de entorpecentes, o estado de flagrância protraí-se no tempo; contudo, isso 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 em situação de flagrante delito.

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 medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o flagrante delito.

Entretanto, extrai-se do contexto fático delineado no aresto a inexistência de elementos concretos que estariam a evidenciar a ocorrência de flagrante delito, tendo em vista que os policiais se encontravam em patrulhamento de rotina e não realizaram diligências prévias com vista a esclarecer os fatos.

Soma-se a isso a inexistência de prova do consentimento para ingresso dos policiais no domicílio, o que, consoante recente entendimento jurisprudencial desta Corte, se faz imprescindível. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ENTRADA FRANQUEADA PELO MORADOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ILEGALIDADE RECONHECIDA. AGRAVO MINISTERIAL NÃO PROVIDO. 1. Conforme mais recente orientação jurisprudencial, traduzida em novel julgado da Sexta Turma (HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/3/2021, DJe 15/3/2021), o consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel será válido apenas se documentado por escrito e, ainda, for registrado em gravação audiovisual. Ausente a comprovação de que a autorização do morador foi livre e sem vício de consentimento, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da busca domiciliar e conseqüentemente de toda a prova dela decorrente (fruits of the poisonous tree). No mesmo sentido: HC 616.584/RS, Rel. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 30/3/2021, DJe 6/4/2021. 2. Na hipótese, embora os policiais afirmem que a entrada no imóvel foi autorizada pela moradora, a defesa técnica nega essa versão. Assim, na ausência de provas de que o consentimento foi livremente prestado, é caso de reconhecimento da ilegalidade, para declarar a invalidade das provas obtidas mediante violação domiciliar e todas aquelas dela decorrentes. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 1729469/AM, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 28/05/2021)

Com efeito, acerca do ingresso no domicílio do paciente, tem-se apenas a informação de que "EMERSON e seu genitor autorizaram os policiais a realizarem buscas no imóvel" (fls. 317), não constando dos autos prova dessa condição.

Ilegítima, portanto, a entrada dos policiais no domicílio indicado, de onde decorre a nulidade das provas produzidas a partir daí, porquanto não demonstrada a existência de elementos concretos que apontassem para o flagrante delito, tampouco o consentimento do (depois) imputado quanto ao ingresso, devendo, portanto, ser colocado em liberdade o paciente, se por outra razão não estiver preso, e absolvido nos autos da ação penal nº 1500205-72.2021.8.26.0210 - 2ª Vara da Comarca de Guaíra/SP quanto à prática do delito de tráfico.

Merece destaque, nesse contexto, que o paciente foi condenado pelo Juízo de 1º grau à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 245-254).

Ante o exposto, recebo os embargos de declaração como agravo regimental e reconsidero a decisão de fls. 406-408, para conceder a ordem e absolver o paciente da prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, objeto do processo 1500205-72.2021.8.26.0210 - 2ª Vara da Comarca de Guaíra/SP, com a expedição incontinenti de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 01 de fevereiro de 2022.

OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

Relator