



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 816048 - SP (2023/0123979-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : AUGUSTO CESAR MENDES ARAUJO E OUTRO
ADVOGADOS : AUGUSTO CÉSAR MENDES ARAÚJO - SP249573
WESLEY LEANDRO DE LIMA - SP377775
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALDEMAR GARCIA LEAL NETO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de WALDEMAR GARCIA LEAL NETO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2038510-48.2023.8.26.0000.

O paciente foi preso em flagrante no dia 14 de fevereiro de 2023 em razão da suposta prática do crime de tráfico de drogas. De acordo com os autos, na data dos fatos, policiais realizavam patrulhamento de rotina quando avistaram o paciente em via pública, conversando com um terceiro e lhe entregando um objeto. Foi realizada abordagem e busca pessoal, mas nada de ilícito foi encontrado em poder do paciente. Os policiais, então, dirigiram-se ao endereço residencial do paciente e lá encontraram duas porções de maconha (3,23g e 9,77g) e uma de cocaína (47,77g), que seriam posteriormente comercializadas.

Após a homologação do flagrante e conversão em prisão preventiva, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal local, aduzindo, em síntese, a ilegalidade da prisão, considerando que as provas foram obtidas mediante entrada forçada no domicílio do acusado. O Tribunal de Justiça denegou a ordem e manteve a custódia, ensejando a impetração deste *writ*, por meio do qual se questiona a legalidade da prisão e das provas obtidas após a entrada de policiais na casa do paciente, considerando a ausência de autorização judicial, de permissão de morador e a inexistência de fundadas suspeitas que dessem suporte à ação policial.

Diante disso, requer, liminarmente, a revogação da custódia e, no mérito, a confirmação da liminar e o trancamento da ação penal.

O pedido liminar foi **indeferido** (e-STJ, fls. 79-81).

O Ministério Público Federal se manifestou pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 105-118).

É o relatório. **Decido.**

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no *habeas corpus* é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal. Do mesmo modo, o recurso adequado contra acórdão que julga apelação ou recurso em sentido estrito é o recurso especial, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Assim, o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Conforme mencionado, busca-se o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas mediante ingresso forçado no domicílio do paciente.

A hipótese traz a baila o debate acerca da legitimidade do procedimento policial que, após ingresso no interior da residência de determinado indivíduo, sem prévia autorização judicial, logra encontrar e apreender droga, de modo a configurar o delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, cujo caráter permanente, em tese, autorizaria o ingresso em domicílio.

No que concerne ao tema, vale recordar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE n. 603.616/RO, objeto de repercussão geral, deixou assentado 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" (Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

No referido precedente, a Suprema Corte estabeleceu 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, no dizer do

art. 240, §1º, do CPP, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

Embora a jurisprudência, inclusive desta E. Corte, tenha caminhado no diapasão de que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem o consentimento do morador, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente, de que é exemplo o tráfico de drogas, evoluiu-se, nos termos do precedente estabelecido no REsp n. 1.574.681/RS, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 30/5/2017.

No referido precedente restou assentado, à unanimidade, que não se deve admitir que a mera constatação de flagrância, posterior ao ingresso, justifique a ratificação da medida, na medida em que, se só o próprio juiz pode determinar a busca e apreensão durante o dia, e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, não se denotaria razoável conferir a um agente da segurança pública total discricionariedade para, a partir de ponderação intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém e, partir daí, realizar a verificação se nela há ou não alguma substância de natureza entorpecente.

A falta de elementos justificadores, bem como de elementos seguros, aptos a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode findar por esvaziar o direito à privacidade e a inviolabilidade de sua condição fundamental, qual seja, a de domicílio.

No referido julgamento, concluiu-se, portanto, que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, se faz necessário tenha a autoridade policial fundados motivos para crer, com fulcro em razões objetivas, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida, e não mera desconfiança, fulcrada, por exemplo, na fuga de um indivíduo de uma ronda policial para dentro de seu domicílio (abrigo), comportamento que pode ser atribuído a várias causas que não, necessariamente, a de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

Vale asseverar, por oportuno, que diversamente do que ocorre em relação aos demais direitos fundamentais, **o direito à inviolabilidade de domicílio se destina a proteger não somente o alvo de eventual atuação policial abusiva, mas todo o grupo de pessoas residentes no local da diligência. Desta forma, ao adentrar em determinada residência a procurar de drogas ou produtos de outro ilícito criminal,**

como se deu na hipótese dos autos, poderão ser eventualmente violados direito à intimidade de terceiros (parentes em geral do suspeito, exemplificativamente), situação que, por si só, demanda maior rigor e estabelecimento de balizas claras na realização desse tipo de diligência.

Nesse ponto, necessário enfatizar, de outro lado, **modificando-se de certo foco da jurisprudência até o presente consolidada, que não se pode olvidar também que a dinâmica, a capilaridade e a sofisticação do crime organizado, inclusive do ligado ao tráfico de drogas, exigem postura mais efetiva do Estado. Nesse diapasão, não resta desconhecido que a busca e apreensão domiciliar pode ser de grande valia à cessação de tal espécie de criminalidade e a apuração de sua autoria.**

Postas tais premissas, imprescindível se mostra a **consolidação de entendimento no sentido de que o ingresso na esfera domiciliar para a apreensão de drogas ou produtos de outros ilícitos penais, em determinadas circunstâncias, representa legítima intervenção restritiva do Estado, mas tão somente quando amparada em justificativa que denote elementos seguros, aptos a autorizar a ação de tais agentes públicos, sem que os direitos à privacidade e à inviolabilidade restem vilipendiados.**

Na esteira de tal salutar equilíbrio, resultado ao fim e ao cabo de um necessário juízo de ponderação de valores e levando-se em consideração a inexistência de direito, ainda que de índole fundamental, de natureza absoluta, alguns parâmetros objetivos mínimos para a atuação dos agentes que agem em nome do Estado podem e devem ser estatuídos. Exemplificativamente, a diligência restaria convalidada desde que se demonstre que: **de modo inequívoco o excepcional consentimento do morador restou livremente prestado; que, uma vez abordado em atitude suspeita, o sujeito abordado pôs-se, de forma imotivada, em situação de fuga, sendo posteriormente localizado em situação de flagrância (situação que diverge da busca do abrigo domiciliar por cidadão que se vê acuado por abordagem policial truculenta, em especial em áreas de periferia); que a busca efetuada, justificada na permanência característica do delito de tráfico ilícito de drogas, por exemplo, resultou de situação de campana ou de investigação, de ação de inteligência prolongada, não de acaso ou fortuito desdobramento de fatos antecedentes; que a gravidade de eventual crime de natureza permanente, como o tráfico ilícito de droga, denotada, por exemplo, pelo vulto e quantidade da droga, mostre que, ante a estabilidade e organização da célula criminosa, o ambiente utilizado se volte, precipuamente, para a prática do delito,**

não para uso domiciliar do cidadão, verdadeiro objeto de proteção do Texto Constitucional.

Do dilema e da ponderação estabelecidos supra, percebe-se que a situação narrada neste e inúmeros outros processos que chegam a esta Corte Superior dizem, por um lado, respeito ao que se entende por significado concreto de Estado Democrático de Direito, em especial em relação a parcela economicamente menos favorecida da população, sem se olvidar, contudo, a legitimidade de que os órgãos de persecução se empenhem, com prioridade, em investigar, apurar e punir autores de crimes mais graves, ligados ao tráfico ilícito de drogas e a criminalidade organizada. O equilíbrio e a ponderação se fazem necessários, na avaliação dos valores postos em confronto, tendo-se, contudo, como norte inoxidável as garantias estatuídas no Texto Constitucional, desdobradas na legislação processual penal de regência.

Nesse caso, o Tribunal de origem assim narrou a dinâmica dos fatos (e-STJ, fls. 62-63):

Conforme se depreende dos depoimentos dos policiais envolvidos na prisão (fls. 02 e 03 dos autos de origem) e do interrogatório do próprio paciente em sede policial (fls.07/08 dos autos de origem), o réu conduziu os milicianos até a sua residência e franqueou a entrada deles no local, sendo que eles constataram a existência de entorpecentes naquela localidade, outro fator que legitima o ingresso dos agentes públicos na forma como se deu nos autos.

(...)

Importante pontuar, ainda, que a ação policial na residência do paciente não pode ser considerada invasão de domicílio, simplesmente porque ele estava em situação de flagrante permanente. E, como se sabe, a situação de flagrante permanente, tal como se dá nos casos de delito de tráfico de drogas, dispensa a apresentação de mandado judicial de busca domiciliar, na esteira do que preceitua o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal e artigo 150, parágrafo 3º, do Código Penal.

Feito o cotejo entre os trechos transcritos, na hipótese, entendo que não existiam fundadas razões sobre a prática de crime permanente a autorizar o ingresso no domicílio do paciente, nem mesmo prova adequada de que tenha havido consentimento válido de sua parte para tanto.

Diante disso, constata-se que deve prevalecer o entendimento no sentido de que o ingresso de policiais na residência é permitido apenas quando os agentes tiverem, antes de qualquer providência, a certeza da presença de causa provável que autorize a medida, o que não se verifica no caso.

A mera suspeita autoriza, em linhas gerais, a observação do local, como forma

de recolher outros elementos sobre a existência do delito ali apurado. Nesse caso, se demonstrada a existência de fundadas razões acerca da situação de flagrante, autorizados estão os policiais a ingressar no imóvel.

No ponto, destaco os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. INGRESSO FORÇADO NA RESIDÊNCIA A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSÍVEL ILEGALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS COMO ÚNICO ELEMENTO ADOTADO PARA AFERIR O *PERICULUM LIBERTATIS*. INIDONEIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DO MPF NÃO PROVIDO.

1. Conforme registrado na decisão ora impugnada, que nesta oportunidade se confirma, estava configurada a ilegalidade flagrante que autoriza a excepcional cognição de ofício da matéria posta nestes autos.
2. Consta que policiais ingressaram na residência do ora paciente depois de receberem denúncia anônima de que ali haveria drogas ilícitas; e constatarem que uma pessoa teria entrado correndo na casa depois de avistar a viatura.
3. Não se extrai informação de outros indícios de traficância além da denúncia anônima ou anteriores à apreensão das drogas, nem de que a entrada no imóvel tenha acontecido sob a égide de mandado judicial.
4. Em casos análogos, esta Corte tem declarado ilícitas as provas derivadas da prisão em flagrante, registrando expressamente que a denúncia anônima e o fato de alguém "correr depois de avistar policiais" não configura justa causa para a violação de domicílio, à míngua de fundadas razões para a convicção de que esteja em curso algum delito.
5. Isso porque a sabida permanência do delito de tráfico de drogas ilícitas, cuja execução se protraí no tempo, não torna justo o ingresso forçado no domicílio fora das hipóteses registradas no art. 5º, XI, da CF/88: 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.
6. Ainda que assim não fosse, o único indício de *periculum libertatis* apontado pelas instâncias ordinárias foi a quantidade de substâncias apreendidas.
7. Na esteira de incontáveis precedentes desta Corte, a prisão cautelar é invariavelmente excepcional, subordinando-se à demonstração de sua criteriosa imprescindibilidade, à luz dos fatos concretos da causa, e não em relação à percepção do julgador a respeito da gravidade abstrata do tipo penal.
8. Desse modo, o cometimento do delito, por si só, não evidencia "periculosidade" exacerbada do agente ou "abalo da ordem pública", a demandar a sua segregação antes de qualquer condenação definitiva.
9. Sobre o reflexo da quantidade de substâncias apreendidas na prisão preventiva, colhem-se diversos julgados, de ambas as turmas especializadas em Direito Penal, dos quais se depreende que determinadas porções de tóxicos ilegais, ainda que não possam ser consideradas insignificantes, não autorizam, isoladamente, a conclusão de que o réu apresenta *periculum libertatis*.
10. A rigor, a quantidade de drogas ilícitas, por si só, não inviabiliza

sequer a configuração do tráfico privilegiado, aquele em que, segundo a dicção legal, não há dedicação a atividades criminosas.

11. Com efeito, não há notícia de vínculo com organização criminosa nos autos, tratando-se ainda de réu primário, menor de 21 anos e com carteira de trabalho assinada, tudo a evidenciar a desproporcionalidade do cárcere.

12. Por fim, a teor do art. 8º, § 1º, I, "c", e mais explicitamente do art. 4º, I, "c", ambos da Recomendação/CNJ n.º 62, de 17/3/2020 - a qual foi editada em resposta à pandemia da COVID-19 -, o reconhecimento de que o suposto crime em tela não envolve violência ou grave ameaça, associado ao fato de que a prisão processual dura mais de 90 dias, reforça a necessidade de relaxamento desta custódia cautelar.

13. Agravo regimental não provido (AgRg no HC n.º 606.221/MG, de minha Relatoria, Quinta Turma, DJe de 15/10/2020).

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. TEMA 280/STF. FUGA ISOLADA DO SUSPEITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DE PROVAS CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. No RE n.º 603.616/Tema 280/STF, a Suprema Corte asseverou que a flagrância posterior, sem demonstração de justa causa, não legitima o ingresso dos agentes do Estado em domicílio sem autorização judicial e fora das hipóteses constitucionalmente previstas (art. 5º, XI, da CF).

2. Apesar de se verificar precedentes desta Quinta Turma em sentido contrário, entende-se mais adequado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento que exige a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: "campana que ateste movimentação atípica na residência").

4. Recurso em *habeas corpus* provido para que sejam declaradas ilícitas as provas derivadas do flagrante na ação penal n.º 0006327-46.2015.8.26.0224, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP (RHC n.º 89.853/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe de 2/3/2020).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. 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.º 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). No mesmo sentido, neste STJ, REsp n.º 1.574.681/RS.

2. Não houve, no caso, referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Não houve, da mesma forma, menção a eventual movimentação de pessoas na residência típica de comercialização de drogas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que, em razão de o réu não portar nenhum documento de

identificação, o policial militar o acompanhou até a sua residência e nela ingressou. Aliás, antes disso, o policial, ao se dirigir até o bar, deparou-se com o paciente, o qual "possuía as mesmas características passadas pelo informante", de maneira que, até aquele momento, não havia, portanto, nem sequer certeza de quem era, efetivamente, o indivíduo denunciado anonimamente - se o paciente ou se terceira pessoa.

3. Uma vez que não há nem sequer como inferir - de fatores outros que não a simples notícia anônima de que um indivíduo, procurado pela justiça, mantinha drogas depositadas em sua casa - que o paciente, de fato, estivesse praticando delito de tráfico de drogas, ou mesmo outro ato de caráter permanente, no interior da residência, não há razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, ainda que tenha havido posterior descoberta e apreensão, em sua residência (mais especificamente dentro de um guarda-roupas), de 108 porções de maconha, uma balança de precisão, duas facas utilizadas para fracionar entorpecentes e quantia de dinheiro em espécie.

4. Uma vez reconhecida a ilicitude das provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como de todas as que delas decorreram, fica prejudicada a análise das demais matérias aventadas na impetração.

5. Ordem concedida, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio de invasão de domicílio, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolver o paciente, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal (HC n.º 502.470/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe de 23/9/2019).

Por conseguinte, configurada a ilegalidade da entrada dos policiais no domicílio da agravante, sem mandado judicial, sem a prévia anuência de morador e sem qualquer indício de que ali estivesse sendo cometido crime permanente. Assim, devem ser reconhecidas como ilícitas as evidências recolhidas na busca e apreensão em questão, provas essas que, pelo que se depreende da leitura dos autos, constituem o único indício de materialidade do crime imputado.

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. De ofício, **concedo a ordem** para trancar a Ação Penal n. 1500514-21.2023.8.26.0664.

Comunique-se com urgência o Tribunal de origem e o juízo de primeiro grau.

Intime-se.

Brasília, 02 de maio de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator