



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 850876 - SP (2023/0313665-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ALISSON OLIVEIRA DE SOUZA CRUZ
ADVOGADO : ALISSON OLIVEIRA DE SOUZA CRUZ - SP387492
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO ROBERTO SANTOS DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de JOAO ROBERTO SANTOS DE OLIVEIRA, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO no julgamento do Apelação Criminal n. 1500213-26.2023.8.26.0583.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e às penas de 1 ano de detenção, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 10 dias-multa, como incurso no art. 12 da Lei n. 10.826/03, em concurso material de delitos.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento para reconhecer a circunstância da atenuante da menoridade relativa e reajustar a pena do delito de tráfico para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, nos termos do acórdão que restou assim ementado:

"Apelação criminal – Tráfico de drogas e posse irregular de munição de uso permitido – Sentença condenatória pelos artigos 33, caput, da Lei 11.343/06, e 12, da Lei 10.826/03, na forma do art. 69, do Código Penal.

Recurso defensivo que busca, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade das provas em razão de alegada violação de domicílio. No mérito, pleiteia a absolvição do delito previsto no art. 12, da Lei n° 10.826/03. Em relação ao crime de tráfico de drogas, requer o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4°, da Lei n° 11.343/06. Por fim, pugna pelo acolhimento do pedido de indulto natalino.

Preliminares rejeitadas – Inviolabilidade do domicílio que não é um princípio absoluto, sendo que, a própria Constituição Federal autoriza o ingresso, dentre outras hipóteses, nos casos de flagrante delito ou mediante

consentimento do morador – Entrada com consentimento dos genitores do acusado, que ali residiam. Existência de informações de que o réu traficava entorpecentes na cidade e os guardava no imóvel dos fatos. Policiais que se deslocaram ao local e, com o consentimento dos pais do acusado, ingressaram no imóvel, onde localizaram os entorpecentes e as munições – Tráfico de drogas é crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, permitindo o estado de fragrância a qualquer momento – Fundadas razões que justificaram a atuação policial.

Mérito – Materialidade e autoria comprovadas – Apreensão de 05 tijolos de maconha, 02 porções grandes de maconha, 18 porções pequenas de maconha totalizando 5.015,42 quilogramas; e um invólucro de cocaína – 88,18 – gramas – Réu que negou as acusações -negativas que não prosperam – Versão que restou isolada nos autos – Relato seguro dos policiais militares que comprovaram a prática delitativa pelo réu, dos crimes narrados na exordial acusatória.

Tráfico de Drogas – drogas apreendidas no interior da residência do réu, incluindo outros petrechos, que se destinavam ao comércio – De rigor a manutenção da condenação.

Posse irregular de munições de uso permitido – Apreensão de munições sem autorização ou registro Laudo pericial realizado que atestou a potencialidade lesiva das munições apreendidas – Crime de perigo abstrato e de mera conduta, não se exigindo para a configuração do tipo penal, a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Dosimetria – Pena-base do delito de tráfico de drogas justificadamente fixada acima do mínimo legal, diante da quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos. Pena-base do crime de posse ilegal de munição de uso permitido fixada no mínimo legal. Na segunda fase, redução das penas ao mínimo legal, diante da presença da circunstância atenuante da menoridade relativa, e nos termos da S. 231, do C. STJ. Ausência de demais causas modificadoras – concurso material entre os delitos.

Manutenção do regime inicial fechado para o crime de tráfico e o semiaberto para os crimes de posse ilegal de munição.

Inviável a aplicação do indulto.

Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Não preenchimento dos requisitos legais.

Preliminar rejeitada.

Recurso defensivo parcialmente provido, somente para reajustar a pena, nos termos do voto" (fls. 98/99).

No presente *writ*, a defesa alega a nulidade do flagrante e das provas dele decorrentes, uma vez que os policiais violaram o domicílio do paciente sem justa causa ou autorização para tanto.

Relata que a atuação policial foi motivada por denúncia anônima e que, ao ser abordado em via pública, o paciente não trazia consigo nenhum objeto ilícito.

Aduz, ainda, que o paciente possui todos os requisitos necessários para a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

Sustenta que o paciente faz jus à fixação de regime inicial mais brando e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando as circunstâncias pessoais favoráveis e a quantidade de pena aplicada.

Pugna, em liminar, pela aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. No mérito, requer a declaração de nulidade das provas obtidas em razão da violação do domicílio do paciente.

Liminar indeferida às fls. 117/119.

Informações prestadas às fls. 126/129 e 132/164.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial do *habeas corpus*, conforme parecer de fls. 166/173.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

O Tribunal de origem afastou a tese de nulidade por violação de domicílio mediante os seguintes fundamentos:

"A ilustre Defesa pugna pelo reconhecimento da nulidade das provas em razão da violação de correspondência e de domicílio.

Sem razão.

Como bem consignou o MM. Juízo a quo:

"Preliminarmente, afasto a ocorrência de nulidade dos autos, alegada pela defesa em virtude do flagrante delito ter ocorrido a noite e sem autorização escrita dos moradores. Isso porque, conforme alegado pelo Ministério Público, o flagrante foi devidamente homologado pelo Juízo de plantão, conforme se depreende do termo de audiência de custódia (fls. 105/110), inexistindo recurso contra aquela decisão.

No caso concreto, depreende-se da audiência de instrução que, **apesar do horário noturno da diligência, havia justa causa tanto para a abordagem do réu quanto para o ingresso dos policiais na residência, considerando as denúncias de traficância em operação policial de carnaval.**

Os policiais afirmaram em juízo, sob as penas da lei, que houve autorização verbal de entrada na residência pelos moradores. Por outro lado, embora a defesa sustente o

inverso, não trouxe aos autos o depoimento dos pais do réu, que estavam presentes na residência, conforme a declaração do próprio réu em audiência e que teriam concordado com o ingresso. A palavra dos policiais, salvo prova em contrário, têm fé pública, inexistindo razões nos autos para afastar a versão, sobretudo, diante da razoável quantidade de entorpecentes e da munição encontrada dentro da referida residência, configurando o flagrante diante da natureza permanente do crime de tráfico, especialmente na modalidade ter em depósito, como é o caso."(fls.286/287).

Com efeito, a inviolabilidade do domicílio (em seu sentido lato) não é absoluta, uma vez que a própria Constituição Federal autoriza o seu ingresso nos casos de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro ou mediante o consentimento do morador.

No caso dos autos, havia informações de que o réu traficava entorpecentes na cidade, e os guardava na residência dos fatos. Diante disso, os policiais deslocaram-se ao local e, com o consentimento dos genitores do acusado que ali residiam, adentraram no imóvel onde encontraram os entorpecentes e as munições.

Desse modo, tratando-se de crimes permanentes e considerando a informação prévia acerca da posse dos entorpecentes, é certo que houve fundadas razões a respaldar a conduta da Polícia, o que torna lícita a sua atuação.

[...]

Outrossim, como visto, houve o devido consentimento dos genitores do acusado para entrada no imóvel. No mais, a situação de flagrância (crime permanente) autorizou a entrada dos policiais na residência" (fls. 100/102).

O art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal assegura a inviolabilidade do domicílio. No entanto, cumpre ressaltar que, consoante disposição expressa do dispositivo constitucional, tal garantia não é absoluta, admitindo relativização em caso de flagrante delito.

Acerca da interpretação que deve ser conferida à norma que excepciona a inviolabilidade do domicílio, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, assentou o entendimento 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*".

No mesmo sentido, esta Corte Superior possui o entendimento de que as hipóteses de validação da violação domiciliar devem ser restritivamente interpretadas, mostrando-se necessário para legitimar o ingresso de agentes estatais em domicílios a demonstração, de modo inequívoco, do consentimento livre do morador ou de que

havia fundadas suspeitas da ocorrência do delito no interior do imóvel.

No caso em debate, as instâncias ordinárias destacaram que os policiais receberam informações a respeito da traficância realizada pelo paciente e, ao chegarem ao local dos fatos, abordaram o paciente em frente à sua residência, mas não encontraram nada de ilícito em seu poder. Na ocasião, os genitores do paciente teriam autorizado o ingresso dos policiais na residência, onde foram encontradas drogas e munições.

No entanto, pelo que consta dos autos, inexistiam elementos indicativos da prática de crime no local a justificar o ingresso dos policiais no domicílio e, de acordo com o entendimento jurisprudencial desta Corte, *"na ausência de justa causa, e caso opte por prescindir do competente mandado judicial, é ônus do Estado comprovar o consentimento do morador para o ingresso em sua residência, o que não foi feito minimamente"* (AgRg no AREsp n. 2.203.597/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 13/2/2023).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL MINISTERIAL EM
HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE.
ABORDAGEM POLICIAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS
RAZÕES. NULIDADE. INCURSÃO POLICIAL EM
DOMICÍLIO. NÃO COMPROVAÇÃO DO
CONSENTIMENTO DA MORADORA. ILÍCITUDE DAS
PROVAS. ABSOLVIÇÃO. CABIMENTO. AGRAVO
REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. Verificada a nulidade da incursão policial ab initio, sendo a posterior abordagem da agravada consequência da coleta ilícita de prova, resta esta também nula por derivação, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

4. Ainda que se abstraia, todavia, a nulidade inicial, a ilicitude da diligência estende-se, também, à incursão no domicílio da agravada, especialmente diante de sua negativa de que teria franqueado acesso à residência. Nesse viés, cumpre ressaltar que, conforme recente entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, a autorização para a entrada de policiais ao domicílio sem mandado judicial necessita de comprovação da efetiva autorização e de sua voluntariedade, ônus probatório a cargo do Estado acusador, o que não ocorreu no caso em tela.

5. Mesmo 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.

6. Agravo desprovido.

(AgRg no RHC n. 174.910/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 10/3/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL. JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS PRÉVIOS A INDICAR A EXISTÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO MORADOR. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. É pacífico neste Tribunal o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, 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, se está ante uma situação de flagrante delito.

2. Consoante julgamento do RE n. 603.616/RO, 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 a existência de elementos concretos que apontem para o flagrante delito.

3. No caso, inexistem elementos concretos a indicar a existência de tráfico de drogas no interior da residência, tais como monitoramento, campanhas ou investigações prévias, não havendo, portanto, a demonstração segura de elementos indicativos de fundada suspeita sobre a ocorrência de crime de tráfico de drogas no interior do imóvel em que se encontrava o paciente, o que não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado sem mandado judicial.

4. "Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento do morador. Não houve, para tanto, preocupação em documentar esse consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo" (HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 15/3/2021).

5. A gravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 744.846/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 3/3/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NULIDADE CONFIGURADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A análise da moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias permite verificar que "as razões para o ingresso dos policiais na residência do acusado foram: a) existência de denúncia anônima acerca da possível prática de tráfico de drogas no local; b) fuga do réu, ao avistar os policiais; c) fato de o crime de tráfico de drogas ser de caráter permanente, cujo flagrante se protraí no tempo".

2. Os elementos descritos são insuficientes, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, para ensejar o ingresso no domicílio do acusado, como reconhecido pelo Ministério Público Federal, no parecer constante dos autos, e assentado no decisum agravado.

3. Agravo não provido.

(AgRg no HC n. 722.736/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 30/3/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO. CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A despeito do não conhecimento da impetração originária quanto à alegada nulidade por invasão de domicílio, ao entendimento de que tal exame importaria o revolvimento fático probatório, o colegiado a quo afastou fundamentadamente qualquer ilegalidade flagrante reconhecível de plano, não tendo incorrido o decisum agravado em indevida de supressão de instância.

2. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, submetido à sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento 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".

3. O Ministro Rogério Schietti Cruz, ao discorrer acerca da controvérsia objeto desta irrisignação no REsp n. 1.574.681/RS, bem 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 irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar" (SEXTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 30/5/2017).

4. No caso em tela, as buscas pelo imóvel resultaram na apreensão de 124 (cento e vinte e quatro)

porções de crack, uma balança de precisão e a quantia de R\$1.146,00 (um mil, cento e quarenta e seis reais) em notas trocadas. No entanto, a diligência apoiou-se apenas em denúncia anônima, circunstância que não justifica, por si só, a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial. Assim, observado que o ingresso na casa onde foram apreendidas as drogas não se sustenta em fundadas razões, verifica-se violação do art. 157 do Código de Processo Penal.

5. Esta Corte tem reiteradamente decidido que compete ao Estado a comprovação da voluntariedade do residente em autorizar a entrada dos policiais, o que não ocorreu no caso em tela.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no RHC n. 169.500/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023.)

Evidenciado o constrangimento ilegal, o reconhecimento da ilicitude das provas colhidas com base nessas medidas e todas as que delas derivaram é medida que se impõe.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço do presente *writ*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para reconhecer a nulidade das provas obtidas mediante violação de domicílio, bem como as delas derivadas, e, conseqüentemente, absolver o paciente dos crimes tipificados no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 12 da Lei n. 10.826/03, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator