

HABEAS CORPUS Nº 567.634 - SP (2020/0071775-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO FERNANDO ESPRICIGO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se *habeas corpus* impetrado contra acórdão assim relatado (fls. 253-254):

Trata-se de apelações criminais, interpostas pelo Ministério Público e por Diego Fernando Espricigo, contra a r. sentença de fls. 148/151 (publicada em audiência realizada aos 13 de março de 2019), cujo relatório se adota, que condenou Diego como incurso nas penas do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, a 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e a 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, no mínimo legal, vedado o direito ao recurso em liberdade.

Inconformados, apelam o Ministério Público e Diego.

O Ministério Público, parcialmente inconformado, destaca que Diego possui maus antecedentes específicos, tudo a autorizar, na primeira fase da dosimetria e em atenção ao comando, ainda, do artigo 42 da Lei de Drogas (quantidade de drogas), a exasperação das básicas no patamar de 2/3 (dois terços), superior àquele estipulado na sentença. No mais, aduz que o réu ostenta dupla reincidência, uma delas específica, sendo de rigor, no segundo momento, a exasperação da pena em metade (fls. 162/166).

Diego, de seu lado, persegue a absolvição, acenando, de início, com a imprestabilidade das provas, eis que colhidas mediante violação de domicílio, até porque inexistente, na hipótese, lastro indiciário contundente para justificar a exceção à regra constitucional, salientando, no mais e de qualquer forma, que a dúvida deve favorecer sua pessoa. Alternativamente, busca a redução das reprimendas, aduzindo que a quantia de drogas apreendidas não se mostra expressiva a ponto de justificar, tal como posto, o incremento das reprimendas, na primeira fase, na fração de 1/3. Aduz, no mais e em atenção ao entendimento sumulado pela Corte Superior (545, do C. Superior Tribunal de Justiça) que houve, na hipótese, confissão parcial, tudo a autorizar a compensação desta atenuante com a agravante genérica da reincidência (fls. 170/175).

Contra-arrazoados os recursos (fls. 176/179 e 183/190), o parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo improvimento de ambos (fls. 207/222).

É o relatório.

O paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, a 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e

a 777 dias-multa, no mínimo legal.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao recurso ministerial para readequar as penas impostas ao paciente, fixando-as em 10 anos de reclusão e em 999 dias-multa.

Alega a defesa, em síntese, nulidade da prova acusatória em razão da violação do domicílio sem lastro mínimo de possível flagrante. Acrescenta, em relação à dosimetria, desproporcionalidade na fixação da pena-base tendo em vista a quantidade de droga apreendida. Por fim, aduz que não houve o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, que deve ser compensada com a reincidência, sendo a última fixada no patamar excessivo de 1/2.

Requer a declaração de nulidade da prova colhida no domicílio do paciente ou, subsidiariamente, a redução da pena-base, o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea ou, ainda, a diminuição da fração de aumento pela reincidência.

Sem pedido liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Sobre a preliminar de nulidade das provas colhidas no domicílio apontado nos autos, assim se pronunciou o Tribunal de origem (fls. 255-257):

Na primeira fase da persecução penal, os policiais militares Alexandre José Dias da Silva e Samir Ahmad Abou Jokh, a uma só voz, relataram que, no curso de patrulhamento, divisaram Diego defronte a sua residência, vindo este, ao notar a aproximação da viatura, a correr para o interior do imóvel. Contaram que, em razão disso, houve perseguição, sendo certo que Diego, no curso da fuga, escalou o muro dos fundos da casa e subiu no telhado do imóvel vizinho, sendo, todavia, detido. Narraram que, indagado quanto ao fato, Diego esclareceu que deliberou fugir porque guardava drogas em seu quarto, sendo então localizados, no referido cômodo e sobre sua cama, 65 porções de maconha e, ainda, dois tijolos desta mesma droga. Em complemento, o policial Alexandre esclareceu que Diego, inquirido, admitiu a propriedade das drogas e a destinação mercantil delas (fls. 2 e 3).

[...]

Como se vê, a prova dos autos está a permitir o desate condenatório pelo delito de tráfico de drogas.

E isso porque, de início e sempre com o devido respeito ao entendimento dissonante, o fato é que a diligência levada a efeito pelos policiais militares responsáveis pelo encontro das drogas e pela prisão encontrou suporte na exceção à regra constitucional de inviolabilidade do domicílio, sendo ela, e

consequentemente as provas dela decorrentes, lícitas.

Nesse passo, os elementos colhidos dão conta de que, após ser surpreendido na via pública, Diego fugiu e correu para o interior de sua residência, sendo detido quando já se encontrava prestes a ganhar o telhado da casa vizinha. No mais, a prova é clara ao apontar que, indagado, Diego admitiu que houvesse tentado fugir porque guardava drogas em sua residência, sendo, então e em continuidade, fraqueado o ingresso, encontradas, sobre sua cama, as 65 porções de maconha, unitariamente embaladas, e, ainda, dois tijolos desta mesma droga, cuja destinação mercantil ele admitiu, ao menos, a um dos agentes públicos.

Diante desse quadro, é possível afirmar, com segurança, que o ingresso na residência, com a consequente localização das drogas, constitui um mero desdobramento da diligência, impulsionada, como se viu, pela própria atitude de Diego que, na via pública e ao pressentir a iminência da abordagem, correu para o interior da casa, na qual foi detido quando se encontrava prestar a escalar o telhado da casa vizinha, em hipótese clara de tentativa de fuga. Noutras palavras, mostrou-se aperfeiçoada, no caso, hipótese de exceção à regra constitucional de inviolabilidade do domicílio, eis que clara a situação de flagrante pela prática de delito de natureza permanente, tudo a configurar a licitude das provas colhidas e a justificar, ainda e a partir da análise do conteúdo delas, a proclamação, segura, da responsabilidade de Diego pelo grave fato que lhe foi imputado na denúncia.

Como se vê, destacou o Tribunal de origem que o ingresso na residência, com a consequente localização das drogas, constitui um mero desdobramento da diligência, impulsionada, como se viu, pela própria atitude de Diego que, na via pública e ao pressentir a iminência da abordagem, correu para o interior da casa, na qual foi detido quando se encontrava prestar a escalar o telhado da casa vizinha, em hipótese clara de tentativa de fuga.

Com efeito, a irresignação defensiva merece prosperar, pois o ingresso das autoridades policiais no domicílio para a realização de busca e apreensão sem mandado judicial mostrou-se ilegal, tendo em vista que não havia a presença de elementos seguros que evidenciassem qualquer prática ilícita, nem sequer investigação prévia, mas, sim, apenas o fato de o paciente empreender fuga, circunstância que, isoladamente, não constitui justa causa para o ingresso policial no domicílio em tela.

Sobre o tema, é pacífico nesta Corte 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.

Consoante decidido no RE 603.616/RO pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária a certeza em relação 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 caso de flagrante delito, o que, como mencionado, não se verifica no caso dos autos. A esse respeito:

[...]

6. Na hipótese sob exame, verifica-se que **o acusado supostamente** empreendeu fuga para o interior de sua residência ao avistar a **autoridade policial**, que realizava diligência de rotina. A moldura fática descrita no acórdão combatido permite verificar que o único motivo que levou os policiais a ingressar no pátio do domicílio do investigado foi o fato de ele estar transitando em uma motocicleta, na posse de uma mochila vermelha, e haver entrado em sua morada quando percebeu a presença da autoridade policial.

7. Em nenhum momento foi explicitado, com dados objetivos do caso, em que consistiria eventual atitude suspeita por parte do acusado, externalizada em atos concretos. **Não há referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta** e atual acerca da existência de entorpecentes no interior da residência (aliás, não há nem sequer menção a informes sobre a possível prática do crime de tráfico de drogas pelo autuado).

8. **A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo** paciente, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a **permitir o ingresso em seu domicílio**, sem seu consentimento - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial.

(HC n. 381.619/RS, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019)

Portanto, deve ser acolhida a tese de ilicitude da prova obtida, tendo em vista a inexistência de fundadas razões a autorizar o ingresso dos policiais no domicílio do réu, restando prejudicados os demais pedidos relativos à dosimetria da pena.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reconhecer a ilicitude das buscas realizadas no domicílio do paciente, bem como de todas as provas decorrentes; anular os atos praticados posteriormente, inclusive a prisão em flagrante; e, por fim, determinar o desentranhamento das provas ilícitas dos autos.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 1º de abril de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator