

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 225.459 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) : GHEYSSE CAMILA MENDES DA SILVA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (eDOC 32):

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO FLAGRANTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A questão referente à nulidade do flagrante não foi debatida no acórdão atacado, sendo que este Tribunal Superior encontra-se, destarte, impedido de pronunciar-se a respeito, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Acrescenta-se, ainda que *"não pode esta Corte enfrentar diretamente questões não apreciadas pelo Tribunal de origem, ainda que se trate de matéria de ordem pública, o que ocorre na espécie quanto à alegação de fato novo consubstanciado na nulidade de auto de infração e pleito de consequente nulidade da ação penal"* (AgRg no HC n. 709.027/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 24/10/2022).

3. Agravo regimental desprovido.”

Nas razões recursais (eDOC 36), sustenta-se que inexistente, no presente caso, supressão de instância, uma vez que *“a Corte local, ao avaliar e ratificar a condenação, mencionou expressamente a abordagem policial*

RHC 225459 / SP

*realizada e, portanto, convalidou tal procedimento ilegal". Argumenta-se, ainda, que, mesmo que assim não fosse, a natureza do instituto do *habeas corpus* impõe ao menos a análise da matéria, pois se trata "[...] de ordem pública, afeita a (i)licitude de provas utilizadas para cercear a liberdade de um indivíduo, devendo, portanto, ser reconhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição".*

Busca-se, assim, a concessão da ordem a fim de *"determinar a absolvição da recorrente ou, ao menos, anular a condenação, ou, ainda, determinar que o STJ assim o faça."*

É o relatório. Decido.

Razão assiste em parte à ora recorrente.

A despeito do óbice processual eleito pelo Superior Tribunal de Justiça como razão de decidir, há, no caso dos autos, constrangimento ilegal a ser reconhecido de pronto, sem a necessidade de reexame de fatos e provas.

2. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:

A defesa sustenta, em síntese, que a abordagem policial e a invasão domiciliar estão eivadas de ilegalidades, visto que não foram alicerçadas em fundadas razões, mas apenas nas alegadas atitudes suspeitas, bem como na fuga dos corréus após a chegada da viatura. Acrescenta, ainda, que o fato de terem sido encontrados objetos ilícitos não convalida tal ilegalidade.

Ao proferir a sentença, o Juízo de Primeiro grau indeferiu a preliminar de nulidade da busca domiciliar realizada sem mandado

RHC 225459 / SP

judicial, suscitada pela defesa, nos seguintes termos (eDOC 10, pp. 10-11 - grifei):

“Assim, mesmo sem mandado judicial, tratando-se o crime de tráfico de drogas permanente, os policiais tinham a possibilidade de ingresso na residência, desde que houvesse justa causa.

E a justa causa encontra abrigo nos autos.

Como se verifica da prova oral, os policiais sabiam que o local era ponto de venda de drogas.

Quando se aproximaram, encontraram Gheysse sentada na calçada, de madrugada, sozinha. Assim que **William e Crisleide abriram a porta da rua, eles avistaram a viatura e fugiram, de forma que Crisleide foi abodada ainda ali e William na escada.** Com Gheysse e William, os policiais localizaram drogas.

Assim, até esse momento, não tinha havido ingresso na casa, apenas nas escadas, para onde William fugiu.

Aline mencionou que os policiais revistaram a casa, no entanto, se o fizeram, foi depois de que a droga foi encontrada e, por isso, havia justa causa para tanto.

Quanto ao ingresso na escada, o fato é que a ação de Crisleide e de William forneceu a justa causa suficiente e adequada à ação policial.

Assim, a ação policial foi embasada em justa causa, suficiente à ensejar o ingresso na residência, sem mandado judicial.”

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal local ao julgar a apelação (eDOC 7, pp. 5-8 - grifei):

“Em depoimento bastante seguro, a testemunha Raphael Celidonio Ribeiro Prota, policial militar, esclareceu que estava em patrulhamento, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando avistou a ré Gheysse sentada na calçada, em atitudes suspeitas, e observou a ré Crisleide e o adolescente William saindo da residência, os quais, ao avistarem a viatura, empreenderam fuga e retornaram ao imóvel. Segundo Raphael, efetuada a abordagem, em poder do adolescente apreendeu um estojo contendo 112 porções de cocaína e R\$ 65,00, e na posse de Gheysse encontrou uma caixa de fósforo com 10 porções da mesma droga, embaladas de forma idêntica. Asseverou que o local é próximo de duas escolas, um posto de saúde e um CASE. **Ressaltou, ainda, que Gheysse e William confessaram informalmente a propriedade dos entorpecentes e que Crisleide admitiu que alugava o imóvel para que eles comercializassem entorpecentes** (fls. 263 gravação audiovisual).

[...]

Ademais, salvo meras especulações, nada existe nos autos a indicar que os policiais estivessem perseguindo as apelantes, ou que tivessem qualquer motivo para incriminar falsamente pessoa que sabem ser inocente. Logo, nada há nos autos a infirmar as palavras.

[...]

Assim, a quantidade de drogas apreendidas (122 porções de cocaína, pesando 48,8g), já individualizadas em porções, prontas para comercialização, e as circunstâncias em que se deram as prisões (em via pública, local conhecido como ponto de tráfico de drogas, com a apreensão de dinheiro e de entorpecentes em poder do adolescente William e de drogas com a ré Gheysse, na residência da ré Crisleide, tudo somado à

RHC 225459 / SP

confissão informal dos envolvidos no sentido de que realmente estavam envolvidos com o tráfico) evidenciam que, efetivamente, esses entorpecentes se destinavam à entrega para consumo de terceiros, caracterizando o delito do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.”

2.1. Como se nota das decisões proferidas pelas instâncias antecedentes, o ingresso domiciliar fora motivado, basicamente, pela atitude reputada suspeita das pessoas, pelo fato de o local da abordagem ser conhecido como ponto de venda de drogas, bem como pela confissão informal não precedida do aviso do direito ao silêncio.

Tais fundamentos, porém, não atendem à exigência expressa na legislação quanto à demonstração de hipótese de flagrante delito (art. 5º, XI, da Constituição Federal e art. 302 do CPP); não se conformam aos parâmetros da consolidada jurisprudência desta Suprema Corte (Tema 280); tampouco atendem à exigência de adequada motivação dos atos judiciais (art. 5º, LXI, da CR/88).

Partindo da noção de inviolabilidade domiciliar, rememore-se a redação do art. 5º, XI, da Constituição Federal: *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”* (grifei).

A mitigação ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar é admitida, no que interessa ao caso dos autos, em hipótese de flagrante delito, espécie de prisão que encontra definição no Código de Processo Penal:

“Art.302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

RHC 225459 / SP

II- acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

Os dois dispositivos acima devem ser lidos, ainda, em conjunto com o RE 603.616/RO, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, que estabeleceu balizas mais seguras para atuação policial, no que pertine à excepcionalidade prevista à inviolabilidade domiciliar, dando contornos à tese, aprovada em regime de repercussão geral, que conta com a seguinte redação:

“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” (Tema 280).

Desse panorama normativo e jurisprudencial dessumem-se limites claros à atuação policial em caso de entrada forçada em domicílio: a) devem haver **fundadas razões** que indiquem a ocorrência de **situação de flagrante delito**; b) a constatação da fundada razão de flagrante delito deve ser aferida **antes do ingresso** ao domicílio, não convalidando a prova eventual encontro posterior de instrumento ou prática criminosa.

Estabelecidas essas premissas, já se observa claramente o descompasso entre a decisão de primeiro grau, mantida pelo TJSP, e o

RHC 225459 / SP

precedente vinculante emanado por esta Corte.

É que, como restou claramente assentado no julgamento do RE 603.616/RO, a constatação posterior de crime praticado com contornos de permanência não convalida prova anterior ilegalmente colhida.

À vista disso, cabe salientar que o ato de terceiros correrem, adentrando uma residência, sem que a agente estivesse portando qualquer objeto vinculado a um crime, ou sem que tenha ocorrido anterior perseguição, não revela a existência de crime prévio a que ao agente se possa relacionar, o que afasta de plano a possibilidade de flagrante impróprio ou ficto.

Na mesma medida, a ação anotada (“correr”) não é em si criminosa e por isso não se enquadra na definição de flagrante próprio (“está cometendo uma infração penal ou acaba de cometê-la”). Não configura fundada razão portanto.

Por outro lado, **o fato de tratar-se de “local conhecido como ponto de tráfico de drogas”** não deve ser um critério para determinação das abordagens policiais. Nesse sentido, tal argumento está permeado de estereótipos, presunções e impressões subjetivas, assim, não constitui fundada razão para a realização de busca pessoal, sem a devida apuração.

Quanto à obrigatoriedade da advertência ao direito ao silêncio em interrogatório informal realizado pela autoridade policial, registro que a matéria que têm sido debatida de forma intensa por esta Suprema Corte recentemente.

Reconhecendo a relevância social e jurídica, submeti a matéria ao Plenário, que, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral do tema, em acórdão assim ementado:

RHC 225459 / SP

“CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ART. 5º, INCISOS LXIII E LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESO. DIREITO AO SILÊNCIO. INTERROGATÓRIO INFORMAL. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. A controvérsia acerca da obrigatoriedade de o Estado informar ao preso do direito ao silêncio no momento da abordagem policial, e não somente no interrogatório formal, é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral.” (RE 1177984 RG, de minha relatoria, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/2021.

Conquanto ainda não finalizado o julgamento da repercussão geral acima mencionada, sedimentou-se na ambiência da Egrégia Segunda Turma deste STF a compreensão quanto à imprestabilidade de prova decorrente de diligência realizada em ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Nesse sentido, a Segunda Turma deste Tribunal, no 170.843 AgR, julgado em 4.5.2021, e no RHC 192.798 AgR, no RHC 207.459 AgR, julgado em 25.04.2023, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, fixou a compreensão de que “[a] Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito”.

No voto condutor do primeiro dos mencionados precedentes, Sua Excelência rememorou julgado da Primeira Turma desta Corte, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual, no HC 80.949/RJ, julgado em 30.10.2001, estabeleceu que tanto a falta de advertência ao investigado a respeito de seu direito ao silêncio quanto a ausência de documentação formal desse aviso acarretam a ilicitude de seu

RHC 225459 / SP

interrogatório, seja ele formal ou sub-reptício. De acordo com aquele precedente, *“o privilégio contra a auto-incriminação nemo tenetur se detegere, erigido em garantia fundamental pela Constituição além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em conversa informal gravada, clandestinamente ou não”*.

Expostas essas premissas, resta clara a existência de ofensa ao direito a não auto incriminação na diligência policial que deu início as investigações no caso concreto, que, por sua vez, inquina de nulidade todas as provas dela decorrentes, mostrando-se imperativa a absolvição nos moldes do pleiteado pela ora recorrente.

Com efeito, a ausência de justa causa para o ingresso na residência efetivamente conduz e a nulidade da confissão informal tornam nulas todas as provas que embasam o édito condenatório, delas decorrentes.

No caso, os depoimentos dos policiais e as provas obtidas da abordagem policial também são contaminados pelo vício do ato de que derivam em razão do que a doutrina denomina de teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal).

Assinalo, nesse sentido, que a hipótese dos autos não se inclui nas exceções de contaminação, quais sejam, a inexistência de nexos de causalidade entre umas e outras ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente.

3. Ante o exposto, com base no art. 192 do RISTF, concedo a ordem de ofício para o fim de reconhecer a nulidade das provas e, por

RHC 225459 / SP

consequente, absolver Gheysse Camila Mendes da Silva da imputação descrita na ação criminal 1501722-80.2019.8.26.0599, com fulcro no art. 386, II, do CPP, prejudicado o presente recurso ordinário (art. 21, IX, RISTF).

Comunique-se, **com urgência e pelo meio mais expedito**, ao Juiz da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão.

Comunique-se, outrossim, ao TJSP e STJ, encaminhando-lhes cópia da presente decisão, para ciência.

Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente