



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2380870 - SP (2023/0197586-1)

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**AGRAVANTE** : GABRIEL RODRIGUES PEREIRA CONSTANTINO  
**ADVOGADO** : YAN LIVIO NASCIMENTO - SP424122  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por **GABRIEL RODRIGUES PEREIRA CONSTANTINO** (e-STJ, fls. 594-601) contra decisão proferida pela Ministra Presidente MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, que não conheceu do agravo em recurso especial, considerando a “Súmula 182/STJ, divergência não comprovada, impossibilidade de alegação de divergência com paradigmas oriundos de *habeas corpus*, mandado de segurança ou recurso ordinário e Súmula 7/STJ” (e-STJ, fls. 587-589).

Em suas razões, a Defesa alega que a controvérsia apresentada não envolve a reanálise de fatos e provas, mas apenas a sua reavaliação.

Ademais, que impugnou todos os termos da decisão que inadmitiu o recurso especial, com a indicação de julgados que amparam as pretensões defensivas.

Com efeito, requer a reconsideração da decisão monocrática, para que o agravo em recurso especial seja conhecido.

Em razões de recurso especial, sustenta a nulidade da busca pessoal e a violação de domicílio.

Alega que, de acordo com os policiais, a abordagem ocorreu porque ele estava conversando com um indivíduo, em frente a um bar, que se evadiu ao perceber a aproximação deles.

Entretanto, pondera que as testemunhas de defesa se manifestaram de forma contrária, relatando que o agravante estava apenas conversando com o proprietário do bar no momento da chegada dos policiais.

Ainda, que a versão das testemunhas é idêntica à narrativa do agravante, apresentada em seu interrogatório.

Seguindo, pondera que os policiais entraram com o agravante no banheiro e o coagiram, mediante agressão física, a levá-los até a sua residência.

Acrescenta que a entrada em seu domicílio não foi franqueada por ele ou por sua companheira.

Por fim, não sendo este o entendimento, pleiteia o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

O MPF manifestou-se pela intimação do MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO (agravado), para contrarrazões (e-STJ, fl. 609). Entretanto, nota-se que o MPF já apresentou parecer sobre as questões, nos autos do *Habeas Corpus* n. 779536/SP – não conhecido –, opinando pela concessão da ordem para reconhecer a ilegalidade da abordagem pessoal.

#### É o relatório.

Decido.

Diante das alegações trazidas, verifica-se que razão assiste ao agravante quanto ao conhecimento do recurso, sendo hipótese de reconsiderar a decisão de fls. 587-589.

Extrai-se dos autos que o agravante foi condenado como incurso art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena definitiva de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa.

A Corte de origem, ao apreciar o pedido de reconhecimento da nulidade da busca pessoal e da violação de domicílio, assim se manifestou (e-STJ, fls. 461-499):

“Não há que se falar em ilicitude da abordagem do acusado pelos policiais, tampouco no ingresso dos agentes em sua residência. Certo é que a abordagem e posterior ingresso domiciliar ocorreu somente depois que os policiais militares, em patrulhamento, visualizaram o apelante conversando com um terceiro e, este último, quando percebeu a presença da viatura se evadiu, motivo pelo qual, mediante fundada suspeita, o abordaram e encontraram consigo os entorpecentes descritos na inicial acusatória. Assim, ao contrário do alegado pela defesa, ainda que Gabriel não tenha se evadido, o fato de o acusado estar em local apontado como ponto de tráfico, já ser conhecido nos meios policiais pela prática do comércio espúrio e sintomática fuga de terceiro que conversava com ele, bem determina que poderia estar ocorrendo, naquele momento, alguma movimentação ilegal, tudo em conformidade com os preceitos contidos no artigo 240 “caput” e § 2º do Código de Processo Penal.

Não há, ainda, falar em nulidade decorrente da violação de domicílio.

Verifica-se que a posterior a entrada na residência do recorrente se deu para a efetivação da prisão em flagrante delito, hipótese permitida conforme o artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, sem olvido do fato que ele indicou aos milicianos que possuía mais do mesmo entorpecente em sua residência, bem como, no local, sua esposa permitiu o ingresso dos policiais.

A inviolabilidade ao domicílio, prevista no artigo supra, apresenta quatro exceções: (i) em caso de flagrante delito; (ii) em caso de desastre; (iii) para prestar socorro e, por fim; (iv) durante o dia, por determinação judicial. Ressalta-se que o tráfico de entorpecentes é crime permanente, sendo autorizado pela Constituição da República o ingresso da força pública de segurança na residência ou domicílio para as providências necessárias e cabíveis para a prisão dos responsáveis e apreensão do material ilícito.

[...]

Com efeito, conhece-se a existência eventuais abusos dos agentes policiais durante a execução de tais medidas; porém, não foi o que se verificou no caso vertente, eis que os elementos anteriores determinantes ao fato justificaram a ação, não se tratando de mero tirocínio.

Ressalta-se que a decisão com repercussão geral do Min. Gilmar Mendes concretiza a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, eis que reforça a exigência da justa causa, controlável a posteriori, para a busca ao domicílio, ao mesmo tempo, dá segurança aos policiais de que, demonstrada a justa causa para a medida, não assumem o risco do cometimento de ilícito.

[...]

Desse modo, não houve violação ao texto constitucional e os direitos fundamentais do acusado foram amplamente preservados. Não há, portanto, qualquer irregularidade ou nulidade a ser reconhecida na ação dos policiais no caso vertente. A combativa Defesa busca desconstituir a prova regularmente coligida aos autos, pois o conjunto probatório não deixa qualquer dúvida da responsabilidade do recorrente pelo crime descrito na denúncia. No entanto, no que concerne a condenação estabelecida, a r. sentença, ora guerreada, deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

[...]

Nesse passo, verifica-se que a materialidade delitiva está demonstrada no boletim de ocorrência de fls. 15/20, auto de exibição e apreensão de fls.21/22, laudos de constatação de fls. 53/56 e exame químico e toxicológico de fls. 129/131. Interrogado em Juízo, Gabriel confessou parcialmente, ao dizer que traficava desde quando soube da doença de um seu filho, no entanto, sua esposa nada sabia acerca do ilícito

perpetrado por ele. Na data dos fatos, foi ao bar do Henrique para alugar mesas e cadeiras para o aniversário do sobrinho.

No momento em que iria efetuar o pagamento ao Henrique, dono do bar, ao colocar as mãos na cintura, foi abordado pelos policiais, que o levaram até o banheiro do estabelecimento e o agrediram, quando então lhes entregou o entorpecente que trazia consigo.

Se dirigiram a sua residência, no entanto, em momento algum falou para eles que guardava drogas no local, tampouco autorizou o ingresso. A condenação do apelante pelo crime de tráfico de entorpecentes era medida de rigor e restou embasada não só pela parcial confissão e flagrante em posse das drogas, mas também pela prova oral produzida sob o crivo do contraditório, depoimento dos milicianos Lucas e Fernando (fls. 272/273), no sentido de que, em uníssono, deram conta de que estavam em patrulhamento, local conhecido como ponto de venda de drogas, quando avistaram Gabriel, conhecido nos meios policiais como traficante, em cima de uma motocicleta fazendo contato com outro indivíduo, o qual se evadiu quando percebeu a presença da viatura.

Abordado e revistado, encontraram com ele três pedras de crack. Indagado, num primeiro momento disse que era para uso pessoal, após nova indagação, confirmou a venda do entorpecente e disse que tinha mais em sua residência. Assim, para lá diligenciaram e, no local, encontraram Maria Fernanda, esposa do Gabriel, a qual, autorizou a entrada da equipe, de modo que localizam mais do mesmo entorpecente num vaso de planta.

Ela afirmou ter conhecimento do ilícito perpetrado pelo marido e que os dois mil pesos colombianos encontrados, eram provenientes do tráfico de drogas. Maria Fernanda, por seu turno, sob o crivo do contraditório (fls. 272/273), ficou sabendo que seu marido, o apelante, estava sendo abordado no bar do Henrique e, quando ali chegou, o visualizou dentro da viatura. Ao retornar para sua residência, notou que o marido continuava preso na viatura e os milicianos já se encontravam no interior daquela. Foi ameaçada por eles para que dissesse onde ficavam as drogas, a despeito de não ter conhecimento de que Gabriel traficava e tampouco ali guardava entorpecentes.

Gilmar, tio de Gabriel (fls. 272/2473), estava no bar do Henrique, conversando com o proprietário, quando o sobrinho chegou de moto para alugar algumas mesas e cadeiras, de modo que presenciou a ação policial. Os milicianos abordaram-no e o levaram para dentro do banheiro do bar. Soube que depois se dirigiram a sua residência.

Suelen, irmã de Gabriel, sob o crivo do contraditório (fls. 272/273), afirmou que ele pediu a moto emprestada para ir ao bar e alugar mesa e cadeira para o aniversário de seu filho, no entanto, não presenciou a abordagem.

Quando ali chegou, verificou que ele estava sendo abordado dentro do banheiro. Ao se dirigir à residência dele, juntamente com Maria Fernanda, visualizou ele dentro da viatura e os policiais no interior da moradia. A testemunha Henrique, dono do bar, esclareceu que na data dos fatos, conversar com Gabriel quando ele foi abordado. Os milicianos chegaram rapidamente, mandaram-no colocar a mão na cabeça, o levaram para dentro do banheiro do seu estabelecimento e depois foram à residência dele. No momento da abordagem, somente ele e Gabriel conversavam.”

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior quanto à realização de busca pessoal, o próprio § 2º do art. 240 do CPP consagra que é necessária a presença de fundada suspeita para que seja autorizada a medida invasiva, padecendo de razoabilidade e de concretude a abordagem de indivíduo tão somente por ser conhecido pelo prévio envolvimento delitivo e pelo subjetivo argumento de estar em "atitude suspeita" ou em local conhecido como ponto de

tráfico. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. FLAGRANTE AMPARADO EM ELEMENTOS SUBJETIVOS. ILEGALIDADE POR ILICITUDE DAS PROVAS. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, quanto à realização de busca pessoal, o próprio § 2º do art. 240 do CPP consagra que é necessária a presença de fundada suspeita para que seja autorizada a medida invasiva, padecendo de razoabilidade e de concretude a abordagem de indivíduo tão somente por ser conhecido pelo prévio envolvimento delitivo e pelo subjetivo argumento de estar em 'atitude suspeita'. 2. Se não amparada pela legislação, a revista pessoal, que foi realizada apenas com base em parâmetros subjetivos dos agentes policiais, sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva, vislumbra-se a ilicitude da prova, e das dela decorrentes, nos termos do art. 157, caput, e § 1º, do CPP. 3. No caso, o Tribunal de origem entendeu que a busca pessoal realizada na paciente ocorreu de modo regular, pois havia fundada suspeita de prática delituosa, uma vez que 'a acusada estava sentada em um banco na rodoviária de Presidente Prudente SP, quando, ao perceber a aproximação dos policiais militares, esboçou uma reação estranha e demonstrou nervosismo, o que levantou suspeita. Realizada a abordagem de Jéssica, ela prontamente confessou aos policiais que trazia tabletes de maconha dentro de um traveseiro. [...] Contudo, no interior do mencionado traveseiro, havia seis tabletes de maconha, totalizando 6kgs'. Do contexto fático delineado pelas instâncias ordinárias, vislumbra-se a inexistência de elementos concretos que pudessem evidenciar a ocorrência de flagrante delito, não tendo sido demonstrada a existência de investigações prévias e de fundadas razões para a busca pessoal. 4. Habeas corpus concedido para reconhecer a nulidade das provas obtidas mediante busca pessoal, bem como das provas derivadas, e absolver a paciente das imputações trazidas na denúncia (art. 386, VII, do CPP), determinando-lhe a soltura incontinenti (se encarcerada), se por outro motivo não estiver presa." (HC n. 791.754/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 17/3/2023.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA BUSCA VEICULAR. FUNDADA SUSPEITA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. PARÂMETROS UNICAMENTE SUBJETIVOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, no que tange à busca veicular, sabe-se que esta Corte Superior a equipara à busca pessoal, regida pelo art. 240 do Código de Processo Penal. Exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. 2. Nessa linha de inteligência, Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e. g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP (RHC n. 158.580/BA, Relator Ministro

Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). 3. Na hipótese dos autos, conforme bem descrito no voto vencido em sede de apelação criminal, verifica-se que não se tem clareza sobre o motivo que ensejou a busca veicular, de modo que: O que se tem de certo é que não há referência a denúncia específica, tampouco investigação, sequer informe sobre eventual traficância do acusado. Consta dos autos que policiais militares avistaram o veículo do paciente 'em atitude suspeita' e nada mais. Em juízo, um dos policiais disse que o condutor teria feito 'certo zigue-zague com o automóvel, ao perceber a presença da guarnição' e o outro policial afirmou que 'a região era conhecida pela ocorrência de muitos roubos de veículos', motivo pelo qual decidiram realizar a vistoria no carro. Contudo, a circunstância retratada, apesar de autorizar a abordagem policial, não autoriza a busca pessoal e veicular, porquanto ausentes elementos outros que revelem a devida justa causa. Nesse contexto, a prova deve ser considerada ilegal. 4. Assim, reconhecida a ilegalidade da busca veicular promovida pelos policiais militares, devem ser reconhecidas como ilícitas as provas do crime de tráfico de drogas colhidas no bojo do Processo n. 5013002-55.2021.8.21.0001/RS, o que enseja a absolvição do paciente ausência de materialidade delitiva. 5. Agravo regimental do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul a que se nega provimento." (AgRg no HC n. 788.316/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 13/2/2023.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. REQUISITOS DO ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. No caso dos autos, a busca pessoal foi efetuada porque o Paciente era conhecido nos meios policiais pela prática de crimes, tentou empreender fuga ao avistar a viatura policial e teria se comportado de 'modo suspeito'. Como se vê, não foi demonstrada a necessária justa causa, apta a demonstrar a legalidade da medida invasiva. 2. Os arts. 240, § 2.º, e 244, ambos do Código de Processo Penal, exigem que haja fundada suspeita, e não mera impressão subjetiva, sobre a posse de objetos ilícitos para que seja possível a referida diligência. Esta fundada suspeita deve, portanto, ser objetiva e justificável a partir de dados concretos, independentemente de considerações subjetivas acerca do 'sentimento', 'intuição' ou o 'tirocínio' do agente policial que a executa. 3. A posterior situação de flagrância não convalida a revista pessoal realizada ilegalmente, pois amparada em meras suposições ou conjecturas. A propósito, nem mesmo o histórico criminal mencionado no acórdão impugnado legitima a diligência policial, pois, na hipótese, não havia fundada suspeita de que o Acusado estava na posse do entorpecente. 4. Ordem de habeas corpus concedida para anular as provas obtidas mediante a busca pessoal realizada pelos policiais militares, bem como as provas delas decorrentes e, em consequência, absolver o Acusado da imputação feita na Ação Penal n. 0700426- 55.2021.8.02.0049." (HC n. 737.075/AL, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 12/8/2022, grifou-se.)

Conforme se observa, a instância anterior reconheceu a legitimidade da abordagem pessoal, ressaltando que, de acordo com os policiais, o agravante era conhecido pelo envolvimento com o tráfico e estava em local conhecido pela difusão ilícita, conversando com um indivíduo, que se evadiu ao perceber a aproximação deles.

Como ressaltado nos julgados acima, o fato dele estar em ponto conhecido de tráfico de drogas e já ser conhecido no meio policial não autorizam a busca pessoal.

Por outro lado, tais circunstâncias, aliadas à visualização do agravante mantendo contato com outro indivíduo, que se evadiu ao perceber a aproximação dos policiais, autorizaria

a medida.

Entretanto, como bem ponderou o Ministério Público, no *Habeas Corpus* n. 779536/SP – não conhecido -, os elementos registrados na sentença e no acórdão deixam dúvidas quanto à presença deste indivíduo.

Isto porque os informantes Maria Fernanda, Gilmar e Suelen confirmaram a versão do agravante, de que estava apenas parado na frente do bar, conversando com o dono deste estabelecimento para alugar mesas e cadeiras.

Ademais, a testemunha Henrique, dono do bar, confirmou integralmente os depoimentos destes informantes e o interrogatório do agravante, de que estava conversando com este, sem a presença de um outro indivíduo que teria evadido. Ainda, aduziu que os policiais conduziram o agravante ao banheiro para a abordagem.

Outrossim, também se nota a configuração da violação de domicílio, pois os policiais foram até a residência do agravante porque o prenderam na posse de pequena quantidade de droga, sem a realização de diligências indicativas da prática do tráfico neste local.

Ainda, não conseguiram comprovar o consentimento para o ingresso neste imóvel. A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. 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.

2. No caso em análise, os guardas municipais foram solicitados por funcionários da prefeitura para auxiliar em uma reintegração de posse e, quando a ré visualizou a guarnição, empreendeu fuga em direção à sua residência, sendo seguida pelos agentes, sem que houvesse qualquer tipo de movimentação suspeita que indicasse a prática de crimes de qualquer natureza. Não se verificou, portanto, a existência de mínima investigação prévia à entrada, não tendo sido apontados dados objetivos e concretos que demonstrassem em que consistia a suspeita de que a agravada teria drogas em sua residência, o que possibilitaria o ingresso forçado sem o devido mandado judicial.

3. O atual posicionamento deste Sodalício é no sentido de que "a apreensão de pequena quantidade de droga com o indivíduo em via pública não configura, por si só, fundada razão para o ingresso no domicílio. Tampouco a fuga do acusado ao avistar os policiais configura situação de flagrante apta a autorizar o ingresso policial em residência" (AgRg no AREsp n. 2.247.986/BA, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 17/3/2023).

4. Agravo desprovido."

(AgRg no HC n. 765.020/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Hipótese em que o fundamento apresentado para caracterizar a justa causa foi a indicação, por parte de outra suspeita - abordada em via pública portando pequena quantidade de maconha (12,9 gramas) -, de que no interior da residência do paciente havia uma arma de fogo, sem notícia de realização de investigação prévia que justificassem a medida.

2. A situação flagrancial que excepciona a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso

XI, da Constituição da República) é aquela em que o suposto crime é praticado dentro da residência.

Sendo assim, o flagrante ocorrido em via pública não é suficiente para justificar a revista no domicílio do acusado, sendo essencial a existência de elementos prévios que indiquem a prática de delito naquele local, o que não ocorreu na hipótese, devendo-se ressaltar a peculiaridade da situação dos autos, em que o flagrante anterior em via pública sequer envolvia a pessoa do paciente.

3. Na linha jurisprudencial mais recente desta Corte Superior, as circunstâncias fáticas do caso concreto não se revelam suficientes para legitimar o ingresso forçado de policiais em domicílio, ainda que sob suspeita da prática de crimes permanentes, devendo prevalecer a norma constitucional da inviolabilidade do domicílio.

4. O Superior Tribunal de Justiça vem salientando que o ônus para comprovar o suposto consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel é do Estado que o alega. Assim, na ausência de justa causa para amparar o flagrante e na inexistência de provas da espontaneidade do consentimento, forçoso reconhecer a ilicitude das provas obtidas mediante o ingresso na residência do paciente.

Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC n. 784.340/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023.)

Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 587-589 e, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, a fim de reconhecer a nulidade da busca pessoal e das provas decorrentes. Por consequência, absolvo o agravante das imputações contra ele formuladas, nos termos do art. 386, II, do CPP.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de agosto de 2023.

Ministro Ribeiro Dantas  
Relator