

Rômulo Moreira: Consentimento do morador e violação do domicílio

12/02/2023

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça absolveu um acusado por crime de tráfico de drogas por considerar ilícitas as provas colhidas após a entrada de agentes policiais em sua residência, em virtude da existência de evidente "constrangimento ambiental/circunstancial".



Para o colegiado, não houve fundadas razões, tampouco comprovação

de consentimento válido para a realização da busca domiciliar, após o morador ter sido preso em flagrante, na rua, por porte ilegal de arma de fogo (e não por tráfico de drogas).

No caso concreto, houve uma denúncia anônima de que o réu estaria armado em via pública, fato efetivamente confirmado pelos policiais que, diante do flagrante de porte de arma, prenderam-no; ocorre que, ao serem informados de que o preso possuía antecedentes criminais por tráfico de drogas, dirigiram-se e adentraram à residência, após um suposto consentimento do preso.

Ao entrarem, e com a ajuda de cães farejadores, foi encontrada uma quantidade de droga, tendo sido o réu denunciado e condenado pelos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao analisar uma revisão criminal interposta pelo condenado (Revisão Criminal nº. 2102510-91.2022.8.26.0000), manteve a condenação por ambos os delitos, sob o argumento de que ele teria autorizado a entrada dos policiais em sua casa, entendendo que havia materialidade e autoria comprovadas do tráfico de drogas, o que legitimaria o ingresso da polícia sem mandado judicial.

A defesa, então, impetrou uma ordem de habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus nº 762932), oportunidade em que foi concedida a ordem, reconhecendo-se a nulidade das provas obtidas por meio do ingresso no domicílio do paciente, bem como de todas as que delas derivaram, e absolvendo o acusado pelo crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, ficando ressalvada, todavia, a condenação pelo delito do artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, contra o qual, aliás, não se insurgiu a defesa.

Segundo o relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, "o caso não trata de averiguação de informações consistentes sobre a existência de drogas no local, pois não foi feita referência à prévia investigação, tampouco à movimentação típica de tráfico", ressaltando que a denúncia anônima que gerou a atuação policial não citou a presença de drogas no imóvel, mas apenas de arma de fogo em via pública distante do domicílio.

No seu voto, o relator destacou que o Supremo Tribunal Federal já definiu "que o ingresso forçado em domicílio, sem mandado judicial, apenas é legítimo quando há fundadas razões, justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, de que está ocorrendo situação de flagrante delito no interior da residência".

No mesmo sentido, o relator apontou o **Recurso Especial nº 1.574.681**, julgado pela Sexta Turma, no qual não foi admitido que a mera constatação de situação de flagrância, após a entrada na casa, justificasse a medida. Outrossim, foi citado o entendimento adotado no **HC nº 598.051**, também da Sexta Turma, e reafirmado no **HC nº 616.584**, da Quinta Turma, que levou em consideração alguns requisitos para validade do ingresso policial nesses casos, por exemplo, declaração assinada da pessoa que autorizou a ação e registro da operação em áudio/vídeo.

Assim, segundo ele, *"não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de mera capacidade intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém"*, lembrando *"que o direito à inviolabilidade não protege apenas o alvo da atuação policial, mas também todos os moradores do local"*.

Para o ministro, *"caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que havia em curso na residência uma clara situação de comércio de droga, a autorizar o ingresso domiciliar sem consentimento válido do morador"*.

Ao contrário, *"não houve, no caso dos autos, nenhuma comprovação do consentimento para o ingresso em domicílio"*, salientando-se que *"naquele momento da prisão, mesmo sem coação direta e explícita sobre o acusado, o fato de o indivíduo já estar detido, sem advogado, diante de dois policiais armados, poderia macular a validade de eventual consentimento, em virtude de um constrangimento ambiental/circunstancial"*.

Por fim, o ministro Schietti destacou que, se no direito civil (na teoria dos negócios jurídicos) todas as circunstâncias que possam influir na liberdade da manifestação de vontade devem ser consideradas, na esfera penal isso deve ser observado com maior cautela, pois trata de direitos indisponíveis em uma relação manifestamente desigual entre o cidadão e o Estado [1].

Observa-se que no voto do relator destaca-se a citação de trecho bastante pertinente da obra de Aury Lopes Jr., a saber:

"Uma questão bastante problemática da busca e apreensão em residências ocorre quando a autoridade policial realiza a busca, sem autorização judicial, mas a partir do 'consentimento do preso' (prisão cautelar) ou quando justifica a partir da existência de 'flagrante delito'. Especialmente neste último caso, nas situações de crimes permanentes por tráfico de drogas ou porte ilegal de arma, em geral não têm merecido a devida atenção por parte da doutrina e jurisprudência, e, por isso, faremos uma breve análise da complexidade que envolve essas situações:

a) consentimento viciado: quando alguém está cautelarmente preso (prisão preventiva ou temporária) ou em flagrante e é conduzido pela autoridade policial até sua residência, 'consentindo' que os policiais ingressem no seu interior e façam a busca e apreensão, entendemos que há uma inequívoca ilegalidade, pois estamos diante de um consentimento viciado, inválido portanto. É insuficiente o consentimento dado nessa situação, por força da intimidação ambiental ou situacional a que está submetido o agente. Deve-se considerar viciado o consentimento dado nestas situações e, portanto, ilegal a busca domiciliar, pois há um inegável constrangimento situacional. Analisando um caso desses, o Tribunal Supremo da Espanha (STS, 13 de junho de 1992) entendeu na mesma linha, ou seja, de que o detido não está em condições de expressar livremente sua vontade e existe uma 'intimidação ambiental' que macula o ato: o problema radica em saber se um detido ou preso está em condições de expressar sua vontade favoravelmente a busca e apreensão, em razão precisamente da privação de liberdade a que está submetido, o que conduziria a afirmar que se trata de uma vontade viciada por uma intimidação sui generis... e dizemos sui generis porque o temor racional e fundado de sofrer um mal iminente e grave em sua pessoa e bens, ou pessoa e bens de seu cônjuge, descendentes ou ascendentes, não nasce de um comportamento de quem formula o convite ou pedido de autorização para realizar a busca com o consentimento do agente, senão da situação mesma de preso, isto é, de uma intimidação ambiental. Corretíssima a decisão, de modo que a busca e apreensão em domicílio de imputado cautelarmente preso somente pode ser realizada com mandado judicial. Há uma presunção de vício de consentimento em decorrência da situação em que se encontra" [2].

A propósito, *"desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daquele (s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente — e originariamente — violadora de direito fundamental" [3].*

Como se vê, trata-se de uma decisão correta e fruto de uma visão garantista e constitucional do processo penal, pois, como se sabe, nos termos da Constituição, *"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". Ademais, dispõe serem "inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos". (artigo 5º, XI e LVI).

Oxalá, decisões como esta amparem outros condenados sujeitos desigualmente às agruras de um estado policial que não respeita os direitos e as garantias individuais.

[1] Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/23012023-E-nulo-o-consentimento-para-ingresso-da-policia-em-residencia-apos-prisao-em-flagrante-por-motivo-diverso.aspx>. Acesso em 24 de janeiro de 2023. Para ler o inteiro teor do acórdão: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial.

[2] LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p. 573.

[3] Godoy, Arion Escorsin de; Costa, Domingos Barroso da. *Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de droga*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5797/>. Acesso em 18 de julho de 2014.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-fev-12/romulo-moreira-consentimento-morador-violacao-domicilio/>