



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 688023 - SC (2021/0263553-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : ----
ADVOGADOS : ROSIMEIRE DA SILVA MEIRA E OUTRO - SC026835
EDUARDO DALMEDICO RIBEIRO - SC060450
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DE *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. NULIDADE DE PROVAS. INDEVIDA INVASÃO DE DOMICÍLIO. OCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO EM OUTRO PROCESSO. DESVIO DE FINALIDADE E *FISHING EXPEDITION*. INCURSÃO ILEGAL. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR.

Decisão reconsiderada. Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por ---- contra a decisão, de minha lavra, que denegou a ordem do *habeas corpus*. Esta, a ementa da decisão (fl. 345):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE INDEVIDA INVASÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A DILIGÊNCIA POLICIAL.

Ordem denegada.

Reitera a defesa a ilicitude das provas, porque decorrem de invasão domiciliar sem justa causa, afirmando que *o fato de o agravante estar com mandado de prisão ativo, por si só, não justifica o ingresso na sua residência, na forma em que foi realizada. Até porque a ordem judicial (mandado de prisão) era para o sequestro corporal e não para o ingresso na residência do mesmo, acrescentando que diferente seria se pesasse contra a residência do Agravante um mandado de busca e apreensão, situação em que a atuação policial estaria albergada pela legalidade* (fl. 355).

Aduz, ainda, que as buscas na residência não decorreram de informações

voluntárias prestadas pelo réu. Afirma que, conforme gravação da ação policial juntada aos autos, houve emprego de violência psicológica por parte dos policiais, porquanto, **na gravação, aparece nitidamente a policial afirmando ao Agravante que era para ele falar se tinha mais coisas ilícitas na residência, do contrário iriam chamar o canil para vasculhar a casa** (fl. 358 - grifo nosso).

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou, caso contrário, a sua submissão ao órgão colegiado competente.

Intimados, o Ministério Público estadual manifestou-se pelo não provimento do agravo regimental (fls. 378/384) e o Ministério Público Federal reiterou os termos do parecer apresentado às fls. 336/340 (fl. 387).

É o relatório.

Razão assiste ao agravante.

Busca a impetração a declaração de nulidade de provas colhidas decorrente de indevida invasão de domicílio, alicerçada na existência de um mandado de prisão, sem que houvesse mandado de busca e apreensão – na condenação do paciente a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas – e, conseqüentemente, a respectiva absolvição.

Inicialmente, tem-se que a Sexta Turma deste Tribunal Superior, no julgamento do HC n. 598.051/SP, assentou que o ingresso regular em domicílio alheio é possível apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata, definindo condições e procedimentos para ingresso domiciliar sem autorização judicial, a saber:

1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.
2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.

3. O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4. A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.

5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. (HC n. 598.051/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 15/3/2021)

No caso, o acórdão condenatório afastou a aventada nulidade, nos seguintes termos (fls. 320/321):

No caso presente, no entanto, verifica-se que o ingresso dos policiais militares na residência, inicialmente, deu-se em razão da existência de notícia pretérita acerca da existência de mandado de prisão ativo em desfavor do réu, expedido pelo Juízo da Vara Criminal da comarca de Florianópolis, nos autos n. 0001118-98.2020.8.24.0023, sendo cumprido na data de 26/8/2020, às 15h52m.

Registre-se que os policiais, sempre que ouvidos, afirmaram que visualizaram o réu no interior da residência, porque a porta estava aberta, e que o acusado foi bem cooperativo quando da abordagem.

Com efeito, após cumprimento do mandado e efetuada a prisão do réu, os agentes públicos o questionaram sobre a existência de material ilícito na residência, oportunidade em que o apelado, voluntariamente, indicou o local onde havia entorpecente guardado, fato confirmado pelos milicianos e pelo próprio réu em juízo. Nesse contexto, os policiais depararam-se com a situação flagrancial, tendo em vista a apreensão de quase 1kg (um quilo) de maconha e uma pequena porção de cocaína.

Assim, tem-se como lícita a ação policial, uma vez que o ingresso na residência se deu em obediência à cláusula constitucional da inviolabilidade do domicílio, que expressamente legitima, na hipótese do flagrante delito, o acesso desprovido de ordem judicial. Além disso, a ação anterior fora respaldada por mandado de prisão ativo, não havendo que se falar em nulidade da prisão.

Ademais, conforme bem pontuado pelo sentenciante (Evento 100, SENT1, autos originários):

No caso, havia fundada razão para o ingresso dos policiais na residência do denunciado, [...] sendo a entrada agentes públicos motivada pela necessidade do cumprimento de mandado de prisão expedido nos autos da Ação Penal n. 0001118-98.2020.8.24.0023. Ainda, constatada a ocorrência de flagrante delito em face da localização de entorpecentes nas condições pormenorizadas na denúncia, não se pode falar em violação de domicílio.

Assim, tem-se como lícita a ação policial, uma vez que o ingresso na residência foi precedido de autorização judicial e a busca domiciliar se deu em obediência à cláusula constitucional da inviolabilidade do domicílio, que expressamente legitima, na hipótese do flagrante delito, a atuação policial independentemente de ordem judicial.

Sendo lícita a apreensão dos entorpecentes, não se pode falar na sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI), tampouco na contaminação das demais provas (CPP, art. 157, § 1º), pois todos os demais atos praticados são igualmente lícitos e prestam-se a servir como meio de prova.

Percebe-se dos excertos acima transcritos que, na espécie, o ingresso

desautorizado no domicílio não foi calcado em fundadas razões – justa causa – a indicar que dentro da casa ocorresse situação de flagrante delito, pois a diligência dos agentes públicos foi deflagrada para dar cumprimento a mandado de prisão relativo a outro processo, não existindo elementos prévios indicativos de crime no interior da residência.

Ademais, a despeito de os policiais afirmarem que o paciente indicou a localização do material entorpecente, não há nos autos comprovação de autorização na entrada do domicílio pelos agentes da lei - seja por escrito ou meio audiovisual, ônus que incumbe à acusação - nem mesmo de investigação prévia, monitoramento ou outros elementos preliminares indicativos de ato de mercancia na residência (a propósito, ver HC n. 674.139/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 24/2/2022).

Por fim, esta Corte Superior de Justiça já decidiu que há desvio de finalidade quando, na entrada dos policiais na residência para cumprimento de mandado de prisão, ocorrer a conseqüente apreensão de drogas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E FALSA IDENTIDADE. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que 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.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de

agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato.

Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

4. Sobre a gravação audiovisual, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 ("ADPF das Favelas"), reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos".

5. Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência, conforme se extrai da exegese do art. 248 do CPP, segundo o qual, "Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência".

6. É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo - vinculado à justa causa - para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas.

7. Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade.

8. Segundo Alexandre Morais da Rosa, "Fishing Expedition ou Pescaria Probatória é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem 'causa provável', alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém. [É] a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade" (ROSA, Alexandre Morais da, Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina: Emals, 2021, p. 389-390).

9. Sobre o desvio de finalidade no Direito Administrativo, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina: "Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício denominado 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade' são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei" (BANDEIRA DE

MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo, 27 ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 106).

10. No caso dos autos, o ingresso em domicílio foi amparado na possível prática de crime de falsa identidade, na existência de mandado de prisão e na suposta autorização da esposa do acusado para a realização das buscas.

10.1 O primeiro fundamento - crime de falsa identidade - não justificava a entrada na casa do réu, porque, no momento em que ingressaram no lar, os militares ainda não sabiam que o acusado havia fornecido anteriormente à guarnição os dados pessoais do seu irmão, o que somente depois veio a ser constatado. Não existia, portanto, situação fática, conhecida pelos policiais, a legitimar o ingresso domiciliar para efetuar-se a prisão do paciente por flagrante do crime de falsa identidade, porquanto nem sequer tinham os agentes públicos conhecimento da ocorrência de tal delito na ocasião.

10.2 No tocante ao segundo fundamento, releva notar que, além de não haver sido seguido o procedimento legal previsto no art. 293 do CPP, não se sabia - com segurança - se o réu estava na casa, visto que não fugiu da guarnição para dentro do imóvel com acompanhamento imediato em seu encalço; na verdade, o acusado tomou rumo ignorado, com notícia de que provavelmente estaria escondido dentro do cemitério, mas os agentes foram até a residência dele "colher mais informações".

10.3 Mesmo se admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para captura do acusado - em cumprimento ao mandado de prisão ou até por eventual flagrante do crime de falsa identidade -, a partir das premissas teóricas acima fundadas, nota-se, com clareza, a ocorrência de desvirtuamento da finalidade no cumprimento do ato.

Isso porque os objetos ilícitos (drogas e uma munição calibre .32) foram apreendidos no chão de um dos quartos, dentro de uma caixa de papelão, a evidenciar que não houve mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo réu - certamente portador de dimensões físicas muito superiores às do referido recipiente -, mas sim verdadeira pescaria probatória dentro do lar, totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar o paciente.

10.4 Por fim, quanto ao último fundamento, as regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que a esposa do paciente - adolescente de apenas 16 anos de idade - teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do casal, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor de seu cônjuge. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

10.5 A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do acusado, em violação da norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela derivados, porque decorrentes diretamente dessa diligência policial.

É preciso ressaltar, contudo, que a condenação pelo crime do art. 307 do CP (falsa identidade) não é atingida pela declaração de ilicitude das provas colhidas a partir da invasão de domicílio, eis que a prática do delito, ao que consta, foi anterior ao ingresso dos agentes no lar do acusado.

11. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas a partir da violação do domicílio do acusado, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolvê-lo das imputações relativas aos crimes do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 e 14 da Lei n. 10.826/2003.

(HC n. 663.055/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022 - grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS CIVIS. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO POR INVESTIGAÇÃO DE CRIME DIVERSO. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING

EXPEDITION. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS E DERIVADAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante recente orientação jurisprudencial desta Corte Superior, "É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito" (HC n. 663.055/MT, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022).

2. **Nessa linha de inteligência, não se pode admitir que a entrada na residência especificamente para o cumprimento de mandado de prisão sirva de salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (*fishing expedition*), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade.**

3. A existência de mandado de prisão em aberto para apuração de crime de homicídio supostamente praticado por dois dos pacientes não justifica a realização de buscas na residência da terceira paciente, em verdadeira pescaria/expedição probatória, procedimento que demanda autorização judicial expressa ou a autorização explícita e espontânea da ré, o que não ocorreu no caso.

4. **Somado a isso, ainda 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.**

5. Assim, reconhecida a ilegalidade da busca probatória dentro da casa, que é totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar os acusados, vislumbra-se a ilicitude da busca e apreensão domiciliar, e das provas dela decorrentes, impondo-se a absolvição dos agentes, nos termos do art. 386, II, do CPP.

6. Agravo regimental do Ministério Público do Estado de Santa Catarina a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 733.910/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe 13/9/2022 - grifo nosso)

Nesses termos, nulas as provas do presente processo, deve o agravante ser absolvido.

Ante o exposto, **reconsidero** a decisão de fls. 692/695 e **concedo** a ordem para declarar nulas as provas colhidas no Processo n. 5063302-05.2020.8.24.0023, absolvendo o paciente da imputação prevista no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Florianópolis/SC.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 07 de novembro de 2022.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator