

HABEAS CORPUS Nº 695.808 - PR (2021/0307109-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : JEFERSON MARTINS LEITE
ADVOGADO : JEFERSON MARTINS LEITE - PR049082
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : CHRISTIAN DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CHRISTIAN DE OLIVEIRA apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (Apelação n. 0002369-42.2020.8.16.0196).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 625 dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

Narram os autos (e-STJ fl. 48):

No dia 22 de junho de 2020, por volta de 17h40min, no interior da residência situada na Rua Irineu Lissa, n. 286-B, bairro Capão da Imbuía, cerca de 150 metros do Centro de Educação Infantil – Nova Super KIDS localizado na Rua Francisco Mota Machado, n. 2100, bairro Capão da Imbuía, nesta Cidade e Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR, o denunciado CHRISTIAN DE OLIVEIRA, dolosamente, com vontade livre e consciente, ciente da ilicitude de sua conduta, tinha em depósito e guardava sem autorização e em desacordo com determinação legal, para fins de consumo de terceiro, as seguintes substâncias entorpecentes, as quais são capazes de determinar dependência física e/ou psíquica em quem as utiliza, e seus usos são proscritos em todo território nacional (cf. boletim de ocorrência de mov. 1.2, termos de depoimento de movs. 1.4 e 1.6, auto de exibição e apreensão de mov. 1.7, autos de constatação provisória de droga de movs. 1.9 e 1.10, e relatório de mov. 11.1):

a) aproximadamente 149 [cento e quarenta e nove] gramas da substância entorpecente 'Benzoilmetilecgonina', popularmente conhecida como 'cocaína';

b) aproximadamente 969 [novecentos e sessenta e nove] gramas da substância entorpecente 'Benzoilmetilecgonina',

popularmente conhecida como 'crack'. (Grifei.)

A defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento. O acórdão foi assim ementado (e-STJ fls. 146/147):

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – NULIDADE – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – INOCORRÊNCIA – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DOSIMETRIA DA PENA – NATUREZA DOS ENTORPECENTES – VALORAÇÃO ACERTADA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI ANTITÓXICOS – INAPLICABILIDADE – REPRIMENDA PECUNIÁRIA – DIMINUIÇÃO INVIÁVEL – REGIME PRISIONAL CONSERVADO – SUBSTITUIÇÃO DO REPROCHE PRIVATIVO DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Concretamente motivada a necessidade da manutenção do condenado em segregação cautelar para fins de garantia da ordem pública, é descabida a concessão do direito de recorrer em liberdade.

A condição de foragido do sentenciado e sua fuga para o interior da residência ao avistar os policiais legitimam a mitigação da inviolabilidade de domicílio.

Deve ser mantida a reprovação do agente se o arcabouço probatório aponta, suficientemente, para a prática de uma das ações elencadas no art. 33, caput, da Lei Antitóxicos.

A espécie do narcótico apreendido configura aspecto apto a elevar a sanção inicial.

A falta de um dos cumulativos requisitos previstos no § 4º, do art. 33, da Legislação Especial torna inaplicável a respectiva minorante.

É inadmissível o decréscimo da expiação de multa quando já fixada de modo proporcional.

A presença de circunstância judicial negativa, aliada à reincidência do apenado e a punição final estipulada acima de 04 (quatro) anos de reclusão, faz adequada a imposição da forma inicial fechada, bem como inviabiliza a substituição da carga punitiva por medidas alternativas.

Apelação conhecida não provida.

Daí o presente *writ*, no qual alega a defesa que deveria ser concedido

Superior Tribunal de Justiça

ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

Sustenta a ocorrência de violação de domicílio.

Requer, liminarmente, a concessão do direito de recorrer em liberdade. No mérito, pede o reconhecimento da nulidade de invasão de domicílio.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 172/174).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 202/216).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 695.808 - PR (2021/0307109-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A irresignação merece prosperar.

Sobre a validade do ingresso policial no domicílio discutido nos autos, afirmou o Magistrado singular que "*[o]s policiais, então, foram ao lugar indicado, realizaram uma vigilância e constataram que o veículo indicado na denúncia estava estacionado em frente ao imóvel. Na sequência, os militares conversaram com o proprietário do imóvel e ele confirmou que o acusado residia na casa dos fundos. Logo que entraram, autorizados pelo proprietário, os policiais visualizaram o acusado e gritaram, mas ele entrou na sua residência e trancou a porta. Os milicianos chamaram o réu várias vezes, mas ele não abriu a porta. Em seguida, os policiais quebraram um vidro, entraram na casa e visualizaram o acusado dispensando cocaína pelo vaso sanitário. Posteriormente, os milicianos localizaram 1Kg de crack e 300g de cocaína na residência. Conforme Marcos, havia a possibilidade de o acusado ter descartado cerca de 1Kg de entorpecentes antes de ser detido. A denúncia, conforme o miliciano, não dizia respeito à existência de drogas, mas apenas do mandado de prisão*" (e-STJ fl. 98).

Com efeito, da leitura da sentença condenatória, constata-se que o ingresso forçado na casa onde foram apreendidas as drogas não se sustenta em fundadas razões. Isso, porque o art. 293 do Código de Processo Penal prescreve: "*Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso [...].*"

No caso, os preceitos do artigo acima colacionado não foram observados, porquanto, ainda que houvesse testemunha próxima – a saber, o próprio proprietário do imóvel –, ele não só não foi convocado a servir de testemunha da

entrada forçada como em juízo afirmou não ter presenciado o evento, conforme se extrai de seu depoimento que passo a colacionar (e-STJ fl. 97):

1. FUNDAMENTAÇÃO

1.1. DA PROVA ORAL COLHIDA EM SEDE JUDICIAL

A testemunha de acusação Jair Aleixo de Paula relatou em juízo que alugava a residência dos fundos do seu imóvel ao acusado. No final da tarde do dia dos fatos, os policiais para lá se deslocaram, falaram que possuíam um mandado de prisão contra o réu e pediram autorização para ingressar no imóvel. A testemunha autorizou a entrada e foi à sua residência; em seguida, os policiais chamaram o acusado por várias vezes, quebraram o vidro da porta, entraram e realizaram a detenção. Em um primeiro momento, **quando a testemunha saiu para ver a movimentação, não visualizou o acusado, afirmando que ele deveria estar dormindo. Questionado sobre a alegação dos policiais de que teriam visto o acusado correndo para dentro da residência dos fundos, Jair relatou que, assim que autorizou a entrada dos milicianos, entrou na sua casa e não acompanhou a diligência.** (Grifei.)

Em situação deveras semelhante, assim julgou esta Sexta Turma:

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 INVIOLÁVEL. 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

Rogério 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 objetivamente 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: Emais, 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 663.055/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 31/03/2022, grifei.)

Portanto, não só as alegações dos policiais não encontram lastro no depoimento da única testemunha que acompanhou a ação policial – ou seja, não há confirmação acerca do requisito de que o executor do mandado verificou com segurança a entrada do foragido em uma residência – como não foi obedecido o regramento legal que determina a convocação de testemunhas para comprovação das circunstâncias justificadoras do ingresso forçado.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator