



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 739732 - SP (2022/0129692-0)

RELATOR : MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

IMPETRANTE : FELIPE FIGUEIREDO XAVIER DE OLIVEIRA GASPAR

ADVOGADO : FELIPE FIGUEIREDO XAVIER DE OLIVEIRA GASPAR - SP394314

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : EDIELSON RIFIRINO DA SILVA (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fls. 32-33):

1-) Apelações criminais. Não provimento do recurso da Acusação e parcial acolhimento do apelo defensivo, redimensionando-se a pena, com decréscimo, fixando-se a pena-base em 1/4 acima do mínimo.

2-) Preliminares afastada. Não houve violação de domicílio. Flagrante delito, nos termos do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Além disso, o contraditório e ampla defesa foram devidamente observados. A defesa não logrou demonstrar prejuízo em razão do alegado vício.

3-) Materialidade delitiva e autoria estão comprovadas pela prova oral, documentos existentes nos autos e perícia que mostram a realização do tráfico pelo sentenciado.

4-) A pena comporta pequeno ajuste. Na primeira fase, a pena-base pode ficar 1/4 acima do mínimo legal, fração proporcional e adequada, à espécie, devido à excessiva quantidade e natureza da droga apreendida, 10 tabletes de cocaína, com peso aproximado de dez quilos e cem gramas, fatores que predominam sobre as outras circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tudo a mostrar maior intensidade da culpa e periculosidade do agente, tendo-se seis (6) anos e três (3) meses de reclusão e seiscentos e vinte e cinco (625) dias-multa. Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, a sanção fica inalterada. E, embora não se discuta que o crime ocorreu durante o período de calamidade pública decretada em face da pandemia de COVID-19, tal circunstância em nada contribuiu para a realização do delito, razão pela qual a agravante prevista no artigo 61, II, "j" do Código Penal não deve incidir. Na terceira fase, não pode incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, porque deve haver a primariedade, bons antecedentes, inexistência de reiteração criminal e não fazer parte de organização criminosa, ele estava com quantidade exagerada de droga, o que mostra reiteração criminosa, além do que, não se descarta participação em organização criminosa. No mais, infere-se da certidão de fls. 19/21 que o sentenciado responde a outros processos criminais. "É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a

afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006" (STJ - 3ª Seção - EREsp 1.431.091-SP - Rel. Min.

Felix Fischer - julgado em 14.12.2016 - Info 596). Não existem, pois, causas de diminuição e de aumento. A pena é final, pois mais nada a altera. Cada dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

5-) Regime inicial que não se modifica, fechado. O apelante foi surpreendido praticando delito grave e em poder de substância de elevada nocividade à saúde pública, demonstrando maior grau de censurabilidade de sua conduta.

6-) O art. 387, § 2º, do CPP não se aplica. Deverá sê-lo, se o caso, no Juízo das Execuções, quando se aferir de maneira concreta condições objetivas e subjetivas do recorrente.

7-) Não é possível substituir as penas corporais por restritiva de direitos ou concessão de "sursis" porque o "quantum" da pena torna isso inviável, além disso, suas condições subjetivas impossibilitam isso.

8-) Recurso preso (fls. 230). Deve permanecer no cárcere, pois praticou tráfico de drogas, grave e equiparado a hediondo, seria ilógico deixá-lo detido por toda a tramitação e libertá-lo agora, ainda mais que estando em medida excepcional garante-se a ordem pública e a aplicação da lei penal.

O paciente foi condenado às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 666 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, nos termos do art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, tendo o Tribunal de origem reduzido a condenação para 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime fechado, e 625 dias-multa.

O impetrante, neste **writ**, argumenta que as provas são nulas, pois a droga fora apreendida após ingresso ilegal na residência, sem justificadas razões, baseando-se, principalmente, em comunicado anônimo, buscando a absolvição do paciente.

Afirma que em recentes julgados, noticiados em diversos informativos, entendeu-se que a existência de denúncia anônima da prática de tráfico de drogas somada à fuga do acusado ao avistar a polícia, por si sós, não configuram fundadas razões a autorizar o ingresso policial no domicílio do acusado sem o seu consentimento ou sem determinação judicial (RHC 89.853/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 2/3/2020).

Informa que "os policiais civis responsáveis pelo flagrante visualizaram o Paciente após receberem uma denúncia anônima genérica, sendo que após breve diligência policial (duração de 1/2 horas de campana defronte a residência palco dos fatos) estava o Paciente supostamente saindo de sua residência no período noturno, ocasião que, após avistar os homens da lei, que subiram com uma viatura descaracterizada – sem qualquer identificação – na calçada, teria tentado se evadir, vindo a cair e quebrar o pulso"; e que "permaneceu algemado, motivo que os policiais civis adentraram a residência com sua família, criança e idosos que se faziam presente, sem qualquer autorização ou meio legal".

A liminar foi indeferida, a autoridade coatora prestou informações, e o parecer do Ministério Público foi pela denegação do habeas corpus.

Sobre a apreensão da droga, assim consta na sentença condenatória (fls. 21-22):

[...]

As preliminares suscitadas pela defesa do réu não comportam acolhimento.

Não há que se falar em nulidade das provas dos autos em razão de suposta invasão de domicílio pelos policiais.

No caso dos autos, havia situação de flagrante delito, uma vez que o crime de tráfico de drogas, na modalidade ter em depósito, é de natureza permanente. Portanto, havia permissão constitucional para que os policiais adentrassem no imóvel local dos fatos sem o respectivo mandado judicial.

Neste sentido, a jurisprudência:

[...]

Assim, não há que se falar em prisão ilegal, ou invasão de domicílio, porquanto o estado de flagrância autoriza que os agentes policiais ingressem em qualquer local para efetuar a prisão.

Ressalte-se que o caso analisado nos presentes autos é distinto daquele que deu origem ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 603.616/RO.

Com efeito, no RE 603.616/RO, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “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.” Cabe mencionar que, **no caso dos autos, os policiais civis afirmaram que receberam denúncia anônima informando de que um indivíduo foragido da justiça estaria guardando drogas em determinado local, bem como informando as características do indivíduo. Os policiais disseram que foram até o local informado e se depararam com o réu, cujas características eram semelhantes às informadas na denúncia e que, ao avistar os policiais, o réu tentou correr. Afirmaram, ainda, que o réu indicou onde estavam os entorpecentes.** Logo, existia justa causa para a ação dos policiais.

Assim, não há que se falar em nulidade das provas colhidas ou em prisão ilegal.

O Tribunal de origem também rejeitou a tese de nulidade arguida pela defesa, nos seguintes termos (fls. 35-37):

[...]

Inexiste violação de domicílio.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XI, estabelece 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*”.

Consoante reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, entendia-se que o ingresso de policiais em domicílio sem o consentimento do morador ou ordem judicial estaria autorizado, notadamente quando se constatava a ocorrência de delito de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo (art. 5º, inc. XI, segunda parte, da Constituição Federal, e art. 303 do Código de Processo Penal).

Entretanto, a fim de delimitar esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, sob a ótica de repercussão geral, no julgamento do RE nº 603.616/RO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou a tese no sentido de que *"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).

Já o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.574.681/RS, definiu parâmetros para avaliar se a entrada forçada em domicílio é tolerável, por entender que a constatação posterior da situação de flagrância não justificaria a medida invasiva. No julgado, a Turma concluiu que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, deveria haver fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida e não simples desconfiança que culmine numa situação de flagrância por mero acaso. Essas balizas, é claro, somente são aplicáveis na hipótese de ausência de consentimento do morador para a entrada em seu domicílio.

"In casu", havia fundadas razões a justificar a medida, notadamente a existência de denúncias anônimas dando conta do tráfico praticado pelo sentenciado, bem como sua tentativa de fuga, ante a iminente abordagem policial.

Não bastasse, ao que consta da prova oral amealhada, não houve oposição do recorrente e seus familiares acerca do ingresso policial no imóvel.

Por fim, na parcela, cumpre ressaltar que a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que se exige necessária documentação e registro audiovisual, não incide na espécie, pois muito recente, dando novos contornos a entendimento diverso até então (Habeas Corpus nº 598/051/SP - 2020/0176244-0 - Relator Rogerio Schietti Cruz - J. 5.3.2021). E a nova interpretação tem período para ser implantada: *"Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal"*.

Por fim, em 2.12.2021, o Ministro Alexandre de Moraes, Supremo Tribunal Federal, anulou parte de decisão do Superior Tribunal de Justiça que impôs aos órgãos da segurança pública de todo o país a obrigação de registrar, em áudio e vídeo, o ingresso no domicílio de suspeito, com forma de comprovar o consentimento do morador (RE 1342077). Segundo o Ministro, ao estabelecer requisitos não previstos na Constituição Federal sobre a inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, inciso XI) e impor a obrigação a todos os órgãos de segurança pública do país, de modo a alcançar todos os cidadãos indistintamente, a Sexta Turma do STJ extrapolou sua competência jurisdicional. Ele explica que a natureza do habeas corpus não permite a sua utilização de forma abrangente e totalmente genérica.

Como se vê, a sentença deu pela licitude da apreensão da droga, porque os policiais civis afirmaram que receberam comunicado anônimo, segundo o qual, uma pessoa foragida da Justiça estaria guardando drogas em determinado local, bem como

informando as características dessa pessoa. Na sequência, os policiais foram até o local informado e depararam-se com o paciente, cujas características seriam semelhantes às informadas na notícia do crime, e, ao avistar os policiais, tentou (ela) correr, mas não conseguiu fugir porque se machucou, e, ao ser capturado, indicou onde estavam os entorpecentes.

O Tribunal de origem apontou a mesma narrativa fática, acrescentando que "havia fundadas razões a justificar a medida, notadamente a existência de denúncias anônimas dando conta do tráfico praticado pelo sentenciado, bem como sua tentativa de fuga, ante a iminente abordagem policial".

Na sentença consta a transcrição do depoimento de um dos policiais civis, nos seguintes termos (fl. 25):

[...]

O policial civil Artur Oliveira Dalsin, no seu depoimento judicial, disse que **na data dos fatos recebeu denúncia anônima via telefone informando de que no local estaria indivíduo foragido da justiça, passando as características físicas do indivíduo, e que no local existiria drogas. Ao receber a denúncia, foram até Guarujá e fizeram campana por cerca de duas horas no local dos fatos. Durante a campana não visualizaram nada e iriam embora. Porém, no portão da casa visualizaram o réu, que apresentava as características informadas. Aproximaram-se e o réu, quando viu o carro, se assustou. Então, saíram do veículo, mostraram os distintivos e disseram que era uma abordagem. Nesse momento, o réu correu para dentro da casa. Abordaram o réu e ele disse que era procurado pela justiça.**

Indagado novamente, o réu disse que não havia nada dentro da casa, mas na parte de trás encontraram uma mochila contendo cocaína em forma de tablete. O réu disse que estava desempregado e que estava guardando a mochila em troca de cerca de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Na mochila havia aproximadamente dez quilos de cocaína. O depoente não conhecia o réu anteriormente. A mochila estava perto de uma edícula onde ficavam idosos que eram cuidados pela mulher do réu. Não houve investigação prévia antes da denúncia anônima. Havia familiares do réu na residência. Os familiares do réu autorizaram as buscas na residência. O réu acompanhou as buscas. Havia três ou quatro idosos na edícula.

A denúncia não mencionava o nome do réu, mas mencionava as características físicas dele e o endereço (fls. 180).

Conforme o depoimento do policial civil, o que motivou a ida dos agentes ao endereço residencial do paciente foi apenas o comunicado anônimo de que um foragido da justiça estaria guardando drogas em uma residência, e que, uma vez no local indicado, quando a equipe se preparava para ir embora, visualizaram o paciente saindo de sua residência, e, por isso, aproximaram-se e identificaram-se, e ele correu para o interior da casa, mas foi detido. Então, detido no interior da casa, o réu afirmou que não havia nada de ilícito na sua residência, mas na parte de trás encontraram uma mochila contendo cocaína em forma de tablete.

Firmou-se nesta Corte Superior a jurisprudência, segundo a qual, o mero comunicado anônimo, desacompanhado de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado. A despeito de nos crimes permanentes o estado de flagrância se protrair no tempo, tal circunstância não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial,

exigindo-se a demonstração de indícios mínimos e seguros de que, naquele momento, dentro da residência, encontra-se uma situação de flagrância.

Consoante julgamento do RE 603.616/RO pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária certeza quanto à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o flagrante delito, o que não se tem no presente caso.

Como visto, apesar de supostamente ter havido comunicado anônimo de que um foragido da Justiça escondia drogas em sua residência, os policiais civis decidiram abordar o paciente que se encontrava em frente a sua casa, e este entrou no imóvel, quando mesmo no interior foi detido pelos policiais que apreenderam uma mochila, na qual, havia uma quantidade de droga.

Ainda que as instâncias de origem tenham apontado o consentimento do morador da residência na apreensão realizada pelos policiais, registre-se que, por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti), esta Corte firmou orientação no sentido de que 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, o que não se deu no caso em apreço. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS (395,17 G DE MACONHA E 229,26 G DE COCAÍNA). CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE INDEVIDA INVASÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO PARA O INGRESSO NA RESIDÊNCIA. NÃO COMPROVADA. PRECEDENTES. ILEGALIDADE MANIFESTA EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO PARA INVALIDAR, POR ILEGAL, A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA RECORRENTE EM PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. A Sexta Turma deste Tribunal Superior tem entendimento de 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 (HC n. 598.051/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 15/3/2021).

2. No caso, a decisão agravada deve ser mantida, pois esta Corte Superior tem entendido, quanto ao ingresso forçado em domicílio, que **não é suficiente apenas a ocorrência de crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido, para assim justificar a entrada na residência do agente, ou, ainda, autorização para que os policiais entrem no domicílio. Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador (HC n. 685.593/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 19/10/2021).**

3. Isso porque a hipótese dos autos ? abordagem policial, cujo objetivo era averiguar a informação recebida, via COPOM, de que algumas pessoas estariam manuseando arma de fogo em uma área verde da comercial da Quadra 17, em frente ao "Rota Burger", em Sobradinho/DF e, ao chegar ao local, os agentes públicos surpreenderam o recorrente na

posse de entorpecentes (fl. 93) - não constitui justa causa para incursão no domicílio do agravo, pois não restou caracterizada situação de urgência, que impediria obtenção de mandado judicial, nem se provou a voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência.

4. Ademais, **não foram realizadas investigações prévias nem indicados elementos concretos que confirmassem o crime de tráfico de drogas dentro da residência, não sendo suficiente, por si só, a verificação de atitude suspeita do paciente ou mesmo a sua fuga no momento da abordagem, tampouco a apreensão da droga em sua posse.** Relativamente à autorização para ingresso no domicílio, não há nenhum registro de consentimento do morador para a realização de busca domiciliar (HC n. 694.509/GO, Ministro Olindo Menezes, Desembargador convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, DJe 21/3/2022).

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC n. 162.394/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 20/5/2022.)

Ausentes evidências da prática de crime em desenvolvimento no interior da residência, inválida é a prova obtida mediante sua violação. Confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. DILIGÊNCIA REALIZADA NO DOMICÍLIO DO RÉU SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FUNDADAS RAZÕES NÃO VERIFICADAS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP.

1. A Sexta Turma, ao revisitar o tema referente à violação de domicílio, no Habeas Corpus n. 598.051/SP, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti, fixou as teses de que "as circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude 'suspeita', ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente", e de que até mesmo o consentimento, registrado nos autos, para o ingresso das autoridades públicas sem mandado deve ser comprovado pelo Estado.

2. Com relação à busca veicular e pessoal, a Corte de origem destacou que "a existência de prévias e recorrentes denúncias dando conta da traficância perpetrada por 'dois gurus', que ficariam em frente a um barraco, onde buscavam as porções de drogas. Salientou que o ingresso no imóvel ocorreu após a apreensão, em uma lajota próxima aos acusados, de cinquenta buchas de cocaína". Dessa forma, nota-se que a busca veicular e pessoal encontra-se justificada nas informações prévias e nas apreensões de drogas em poder dos agentes.

3. No tocante à invasão de domicílio, o fato de terem sido encontrado entorpecentes em poder dos acusados não trazem contexto fático que justifique a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência do paciente, acarretando a nulidade da diligência policial.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 698.869/RS, relator Ministro Antonio

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 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 Moraes 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 fogados, muito menos a quantidade" (ROSA, Alexandre Moraes 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. 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, DJe de 31/3/2022.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO DE POLICIAIS NO DOMICÍLIO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA OU DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. COMPROMETIMENTO DA MATERIALIDADE DELITIVA. FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA. ILICITUDE DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO OBTIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Esta Corte Superior tem entendido, quanto ao ingresso forçado em domicílio, que não é suficiente apenas a ocorrência de crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido, para assim justificar a entrada na residência do agente, ou ainda, autorização para que os policiais entrem no domicílio.

2. Na hipótese, verifica-se que o ingresso no domicílio do paciente foi amparado apenas em denúncia anônima, sem referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local a indicar que se tratava de averiguação de comunicação robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local.

3. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da invasão do domicílio de Pedro Victor de Faria Nunes e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato, revogando-se a prisão preventiva do paciente, salvo se por outras razões estiver detido (Processo n. 0150975-90.2021.8.13.0024, em curso na 3ª Vara de Tóxicos da comarca de Belo Horizonte/MG).(HC 662.388/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES. JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. "Os policiais militares esclareceram sob o crivo do contraditório, em detalhes e demonstrando segurança, como se deu a diligência, relataram que visualizaram o indivíduo, que percebendo a presença dos policiais tentou fugir, entrando em uma casa, o que motivou a suspeita por parte da equipe de rota. Disse que o réu foi abordado e nada de ilícito foi encontrado com ele. Questionaram o réu se a residência era dele, para o que obteve resposta afirmativa, bem como questionou sobre a existência de substância ilícita no interior da casa e, novamente, obteve resposta afirmativa. Relatou que o réu indicou uma cômoda no quarto onde foi localizada a droga, maconha disposta em aproximadamente 200 (duzentas) porções prontas para comercialização. Em entrevista o réu contou que guardava a droga para terceira pessoa, que desconhecia o nome, não tendo maiores informações." (Acórdão de origem, denegatório da ordem.)

2. Consoante precedente desta Corte Superior, "As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda

ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente" (HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021.)

3. Do contexto fático delineado no acórdão impugnado, não se verifica a existência de elementos concretos que estariam a evidenciar a ocorrência de flagrante delito, não sendo suficiente, ao ingresso em domicílio, sem mandado judicial, a mera suspeita da prática de tráfico de drogas, por ter o réu, ao perceber a presença dos policiais, tentado fugir e entrando em uma casa. Patente a ilegalidade do ingresso dos policiais na residência do paciente.

4. Concessão da ordem de habeas corpus. Reconhecimento da nulidade das provas obtidas nas buscas ilícitas ocorridas na residência em que se encontrava o paciente. Absolvição (art. 386, II - CPP).(HC 635.014/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021).

Ante o exposto, concedo o ***habeas corpus***, para reconhecer a nulidade das provas obtidas mediante ingresso domiciliar sem mandado judicial e, em consequência, absolvo o paciente do crime de tráfico de drogas que lhe foi imputado pela denúncia, por ausência da prova da materialidade delitiva (art. 386, II e VII - CPP), determinando-lhe a soltura incontinenti (se encarcerado) se por outro motivo não estiver preso.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 01 de agosto de 2022.

OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

Relator