



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 663055 - MT (2021/0128850-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : LEANDRO FELIX DE LIRA
ADVOGADO : LEANDRO FELIX DE LIRA - MT0248370
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : UEDER ALVES MARQUES (PRESO)
INTERES. : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

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 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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2022.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 663055 - MT (2021/0128850-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : LEANDRO FELIX DE LIRA
ADVOGADO : LEANDRO FELIX DE LIRA - MT0248370
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : UEDER ALVES MARQUES (PRESO)
INTERES. : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

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 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.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

UEDER ALVES MARQUES alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso** que denegou a ordem no HC n. 1000154-86.2021.8.11.0000.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve a custódia convertida em preventiva, pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 12 da Lei n. 10.826/2003.

O impetrante requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura, por considerar que "o flagrante não existiu, assim como inexistem elementos concretos e idôneos a justificar" a prisão preventiva (fl. 4). No mérito, pleiteia o trancamento

do processo penal e, para tanto, sustenta que a fuga da polícia não constitui justa causa para a violação do domicílio e é ilícita a apreensão de entorpecentes, arma de fogo e munições, pois "não se mostram fundadas as razões para a entrada na residência sem ordem judicial, como fizeram os policiais" (fl. 5).

Ainda, de acordo com o advogado: "Os policiais alegam que a esposa, menor, do Paciente autorizou a entrada da polícia em sua residência, fato este negado pela mesma" (fl. 6). Além do mais, não está justificado o *periculum libertatis* e a medida de coação não pode persistir em face da pandemia de Covid-19, pois "sabe-se que a cadeia onde se encontra o Paciente já conta com 64 (sessenta e quatro) casos confirmados de COVID-19" (fl. 7) e três óbitos pela doença.

Indeferida a liminar (fls. 124-127), solicitei informações às instâncias ordinárias, as quais foram prestadas às fls. 130-402 e 412-416.

O Ministério Público Federal apresentou parecer às fls. 406-410 pela denegação da ordem.

Sobreveio sentença às fls. 423-462, a qual condenou o réu pelos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, 14 da Lei n. 10.826/2003 e 307 do CP.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Inviolabilidade de domicílio – direito fundamental

O caso traz a lume antiga discussão sobre a legitimidade do procedimento policial que, após o ingresso no interior da residência de determinado indivíduo, **sem autorização judicial**, logra encontrar e apreender drogas – de sorte a configurar a suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 –, cujo caráter permanente autorizaria, segundo antiga linha de pensamento, o ingresso domiciliar.

Faço lembrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **RE n. 603.616/RO, com repercussão geral previamente reconhecida**, assentou 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" (Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, DJe 8/10/2010).

A Corte Suprema, em síntese, definiu 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** – na dicção do art. 240, § 1º, do CPP –, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

Embora a jurisprudência tenha caminhado no sentido de que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem o consentimento do morador, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente – de que é exemplo o tráfico de drogas –, propus, ao julgar o **REsp n. 1.574.681/RS** (DJe 30/5/2017), que o entendimento fosse aperfeiçoado, dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se pudesse perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável.

Na ocasião, esta colenda Sexta Turma decidiu, **à unanimidade**, que não se há de admitir que **a mera constatação** de situação de flagrância, **posterior ao ingresso**, justifique a medida. Ora, se o próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, **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 e, então, verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente. A ausência de justificativas e de elementos

seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental.

No referido julgamento, concluiu-se, portanto, que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, é necessário tenha a autoridade policial **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 mera desconfiança fulcrada, v. g., na fuga de indivíduo de uma ronda policial, comportamento que pode ser atribuído a várias causas que **não, necessariamente, a de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente ou mesmo carregando consigo ilegalmente arma de fogo.**

II. O caso dos autos

Feitas essas considerações introdutórias, passo a analisar a situação concreta ora em julgamento.

Segundo a denúncia (fl. 220, grifei):

No dia dos fatos, agentes da segurança pública desta urbe realizavam policiamento ostensivo nas imediações do bairro Jardim das Araras, momento em que **avistaram o denunciado em atitude suspeita, razão pela qual, ao ser abordado e indagado acerca de seu nome, Ueder repassou aos policiais o nome de seu irmão, visando, assim, a obter vantagem em proveito próprio, pois, assim agindo, ocultaria seu passado por ter inclusive condenação anterior por crime de tráfico de drogas e outros processos em andamento, inclusive executivo de pena, muito embora não esperava que havia um mandado de prisão em desfavor da pessoa informada, seu irmão. Assim, ao perceber a confirmação de mandado de prisão, o denunciado empreendeu fuga, sendo certo que uma equipe policial realizou diligências com o fim de prendê-lo, ao passo que outra guarnição adentrou na residência após a devida autorização e deram início a uma minuciosa revista. Ato contínuo, os policiais lograram êxito em localizar no interior de um dos quartos uma caixa contendo porções de substância análoga a Cannabis Sativa Lineu (maconha), devidamente preparadas para a mercancia, além do valor de R\$ 724,23 (setecentos e vinte e quatro reais e vinte e três centavos) e uma munição de arma de fogo de uso permitido. Em seguida, a companheira do denunciado, a adolescente**

Cassiane, informou a localidade onde seria encontrada a arma de fogo referente a munição, sendo certo que os agentes da segurança pública dirigiram-se até um sítio localizado na Zona Rural e encontraram os artefatos, ao passo que o denunciado acabou sendo preso escondido dentro do cemitério, dentro de uma cripta.

O Juízo singular rechaçou a tese defensiva de violação de domicílio, tanto no recebimento da denúncia quanto na sentença, com base no seguinte fundamento (fls. 331 e 431, destaquei):

No caso dos autos, **a fundada suspeita é justificada pela prática da possível falsa identidade, a qual permitiria a autuação em flagrante**, autorizando a subsequente entrada na residência, portanto.

Com a mesma linha de raciocínio, ao denegar a ordem do habeas corpus lá impetrado, a Corte estadual, por sua vez, assim argumentou (fl. 348, grifei):

A diligência policial que culminou na apreensão das drogas decorreu de rondas de rotina, no bairro Jardim das Araras, em Alta Floresta, após os policiais militares Cleusmar José de Abreu e Cleia Costa Monteiro visualizarem o paciente, em frente à sua residência. Realizada a abordagem, o paciente identificou-se como o nome de seu irmão. Ao ser checado via rádio se havia algum registro criminal, constatou-se a existência de mandado de prisão cumprido. Ao ouvir essa informação, o paciente empreendeu fuga, para uma região de mata. Em contínuo, os policiais militares [Cleusmar José de Abreu e Cleia Costa Monteiro] solicitaram permissão à Cassiane Sales Teste, companheira do paciente, para ingresso na residência (ID 71833494). No interior da residência do paciente, foram apreendidos 6 (seis) tablets de maconha, com peso aproximado de 6kg (seis quilos), 2 (duas) porções de maconha pesando 97,30g (noventa e sete gramas e trinta centigramas), a quantia de R\$724,00 (setecentos e vinte e quatro reais), uma espingarda calibre 32 e 1 (uma) munição calibre 32 (ID 71833494). **A conduta do paciente [fornecimento de dados incorretos aos policiais militares e fuga após a confirmação da utilização de identidade falsa] evidencia fundada razão da existência do crime para a continuidade da diligência medida busca domiciliar [...].**

Depreende-se da leitura dos autos que o ingresso em domicílio foi amparado nos seguintes fundamentos: a) **a possível prática de crime de falsa**

identidade; b) a existência de mandado de prisão em aberto e c) a suposta autorização da esposa do acusado para a realização das buscas no interior da residência.

II. a – A possível prática de crime de falsa identidade

Quanto ao primeiro argumento – delito de falsa identidade –, registro que o fato de o réu, ao ser abordado e revistado na rua pelos policiais, haver fornecido um nome que, depois, se constatou ser do irmão dele, não justifica a entrada no seu domicílio. Isso porque, conforme se extrai do relato policial à fl. 105, **no momento em que ingressaram no lar, os militares ainda não sabiam que o acusado anteriormente havia fornecido à guarnição os dados do seu irmão**, o que só depois foi 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.

Confira-se, a propósito, o depoimento prestado na delegacia por um dos policiais responsáveis pela ocorrência, *in verbis* (fl. 105, destaquei):

QUE estava de plantão realizando rondas de rotina pelo bairro Jardim das Araras, quando **visualizaram um indivíduo em fundada suspeita, o qual ficou nervoso ao ver a GUPM; QUE realizaram a abordagem do suspeito e revistaram, não sendo encontrado nada de ilícito; QUE ao questionar o nome do suspeito, este passou um nome que depois foi verificado ser do irmão dele; QUE solicitaram checagem via rádio, e no retorno informando a existência de uma mandado de prisão, o suspeito ouviu a informação e empreendeu fuga; QUE solicitaram apoio do oficial de dia para localizar o suspeito; QUE na casa também estava a esposa do suspeito e um filha menor de 2 anos; QUE com a autorização da suspeita, realizaram busca na casa e a Depoente encontrou no chão do quarto, dentro de uma caixa de papelão, drogas, dinheiro e uma munição cal. 32; QUE solicitaram o apoio do conselho tutelar para atendimento da criança de 2 anos; QUE a suspeita indicou o local aonde a arma estava escondida, sendo em um sítio da Rod. MT-208; QUE lograram êxito em apreender duas armas e um animal silvestre abatido; QUE retornaram apoio para prender o suspeito que havia fugido e lograram êxito em prendê-lo no cemitério municipal.**

De todo modo, ainda que os agentes houvessem constatado imediatamente a prática do crime de falsa identidade, a posterior entrada na casa para prender o réu por tal delito não permitiria a realização de buscas por drogas no local, por implicar desvio de finalidade, como se verá adiante no decorrer deste voto.

II. b – A existência de mandado de prisão em aberto – desvio de finalidade

A existência de mandado de prisão em aberto também não bastava para o ingresso domiciliar, conforme passo a esclarecer.

Diz o art. 293 do CPP (destaquei):

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; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

De acordo com o dispositivo mencionado, para ingressar em domicílio a fim de dar cumprimento a mandado de prisão, o executor primeiro deve intimar o morador a entregar o foragido e, depois, em caso de desobediência, se durante o dia, a autoridade – com duas testemunhas – poderá adentrar o imóvel.

Na hipótese, além de não haver sido seguido o procedimento legal acima, não se sabia – com segurança – se o réu estava ou não dentro da casa. Veja-se, nesse sentido, o relato constante do boletim de ocorrência de fl. 142, segundo o qual, “ao ouvir o termo mandado de prisão, o suspeito **empreendeu fuga em sentido ignorado**” (destaquei).

Ainda, a corroborar essa tese, menciono o depoimento do policial Patrick à fl. 146 (grifei):

[...] a informação era de que um suspeito havia empreendido fuga durante uma abordagem e que provavelmente estaria dentro do cemitério; QUE deslocaram ao cemitério e visualizaram o suspeito, o qual empreendeu fuga passando pela oficina do Codó e entrando em uma região de mata; QUE realizaram buscas no local, porém sem êxito; **QUE diligenciaram até a residência para colher mais informações e identificaram a apreensão de grande quantidade de drogas na casa do suspeito**; QUE após alguns minutos, receberam uma informação anônima de que o suspeito havia saído da região de mata e estaria voltando para o cemitério; QUE visualizaram o suspeito o qual pulou o muro do cemitério e se escondeu, sendo localizado dentro de uma cripta.

Da mesma forma, a denúncia admite que **"uma equipe policial realizou diligências com o fim de prendê-lo**, ao passo que outra guarnição adentrou na residência após a devida autorização e deram início a uma **minuciosa revista**" (fl. 220, destaquei)

Constata-se, portanto, **não se poder afirmar, com segurança, que o acusado fugiu da guarnição para dentro de casa com acompanhamento imediato em seu encalço**; na verdade, segundo o relato do militar, o réu tomou rumo ignorado, com notícia de que provavelmente estaria dentro do cemitério, mas os agentes foram até a residência dele “colher mais informações”.

De toda sorte, mesmo se eventualmente considerado que o ingresso no domicílio ocorreu em perseguição imediata ao réu – e ainda que seguido o procedimento legal do art. 293 do CPP –, isso não bastaria para validar a apreensão das drogas e munições dentro do referido local.

II.c – *Fishing expedition*

É preciso, neste ponto, fazer uma distinção entre **autorização para ingressar em domicílio a fim de efetuar uma prisão e autorização para realizar busca domiciliar à procura de drogas ou outros objetos**.

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. É o que

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**” (grifei).

Ora, se mesmo de posse de um mandado de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, o executor da ordem deve se ater aos limites do escopo – vinculado à justa causa – para o qual se admitiu a excepcional restrição do direito fundamental à intimidade, com muito mais razão isso deve ser respeitado quando o ingresso em domicílio ocorrer sem prévio respaldo da autoridade judicial competente (terceiro imparcial e desinteressado), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade.

Vale dizer, **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*).

Conforme ensina Alexandre Morais da Rosa, um dos principais autores a tratar do tema no país:

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 [...]

[...]

A vedação ao *fishing expedition* é entendida como consequência lógica da garantia contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*). As origens históricas remontam às cortes eclesásticas inglesas, em que, após colhido o juramento, procedia-se à investigação de acusações desconhecidas, em verdadeiro ato de pescaria (equivalente ao Juízo Final). Premida pelo juramento, a vida da pessoa era escrutinada. As garantias constitucionais colocam barreiras às práticas ilegais, embora os agentes oportunistas se valham das

"brechas" legais ou instrumentalização dos institutos processuais.
[...]

No ambiente americano, a Corte Suprema (*Hickman vs. Taylor* ; 1947) indicou que, ao mesmo tempo em que as regras não podem ser restritivas (impedir a apuração de condutas criminosas), os limites legais devem ser respeitados, a saber, o ato não pode ser movido por má-fé ou com desvio de finalidade (vinculado à *causa provável*), de modo opressor e/ou vexatório, nem invadir o domínio de direitos reconhecidos. Trata-se de expediente, na definição de Philipe Melo e Silva, em que o órgão investigador pode se utilizar dos meios legais para, sem objetivo definido ou declarado, "pescar" quaisquer evidências a respeito de crimes desconhecidos ou futuros. Configura verdadeira devassa ampla e irrestrita do passado, presente e futuro do alvo (pessoa ou conduta suspeita), desprovida de "causa provável", isto é, fora do enquadramento normativo da investigação democrática.
[...]

A invasão de direitos fundamentais encontra regime restrito, em geral submetido à *reserva de jurisdição*. As cautelares probatórias ou investigações precisam definir antecipadamente o objeto, isto é, responder expressamente (diligência, pedido ou decisão judicial): *quem, quando, como, onde, por e para quê, o que, com que motivação*. Do contrário, não preenchem os pressupostos e requisitos legais. A decisão judicial deve motivar de modo adequado, sob pena de nulidade (CPP, artigo 315, §2º). A prática da "pescaria probatória" promove atalho abusivo, por meio da desconsideração da prévia exigência de decisão judicial.

5) Hipóteses de Pescaria Probatória: A criatividade dos agentes públicos oportunistas no "aproveitamento" de diligências, com ou sem autorização, para colocar em prática a expedição probatória pode se configurar, dentre outras hipóteses: a) busca e apreensão sem alvo definido, tangível e descrito no mandado (mandados genéricos); b) vasculhamento de todo o conteúdo do celular apreendido; c) **continuidade da Busca e Apreensão depois de obtido o material objeto da diligência**; g) buscas pessoais (ou residenciais) desprovidas de "fundada suspeita" prévia e objetiva.
[...]

A diligência de busca e apreensão, por exemplo, não é um direito ao "scanner" da casa do alvo, ou seja, obtido o objeto da medida cautelar, inexistindo crime permanente ou objetos encontrados no decorrer da diligência, a continuidade da "devassa", revirando gavetas e demais cômodos etc., configura excesso e/ou abuso de atuação policial (desvio de finalidade). O encontro fortuito se dá antes da obtenção do objeto do mandado de busca e apreensão. Cumprida a finalidade do mandado, a diligência deve cessar. O que se encontrar depois estará contaminado pela ilegalidade (configura '*fishing expedition*'). Prevalece a necessidade de comprovação, por parte do Estado, de nexos de causalidade entre o objeto da medida e os elementos amealhados. A vinculação causal deveria estar limitada pela

própria decisão que autoriza a medida. Se a decisão não limita, toda a apreensão é ilegal.

(ROSA, Alexandre Moraes da, *Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos*, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021, p. 389-397, destaquei).

Dois exemplos bem ilustram a questão. Imagine-se que, no decorrer de uma investigação pela prática dos crimes de furto e receptação, a autoridade policial represente pela concessão de mandado de busca e apreensão, a fim de recuperar um celular subtraído, cujo localizador (GPS) aponte estar em determinada moradia. Deferida a ordem para a procura do aparelho, a polícia, por ocasião do cumprimento da diligência, aproveita a oportunidade para levar cães farejadores com o objetivo de verificar a possível existência de drogas no local, as quais acabam sendo encontradas.

Pense-se, ainda, na situação em que uma motocicleta é roubada e tem início perseguição policial aos assaltantes, os quais se refugiam em casa. Como decorrência do flagrante delito de roubo, os policiais ingressam no local, efetuam a prisão e apreendem o veículo subtraído. Na sequência, decidem aproveitar o fato de já estarem dentro do imóvel para procurar substâncias entorpecentes.

Em ambas as situações hipotéticas trazidas, conquanto seja perfeitamente lícito o ingresso em domicílio, é ilegal a apreensão das drogas, por não haver sido precedida de justa causa quanto à sua existência e por não decorrer de mero encontro fortuito – esse admissível – mas sim de manifesto desvio de finalidade no cumprimento do ato, o qual, no primeiro caso, se limitava a autorizar o ingresso para a recuperação do celular subtraído; no segundo, apenas para efetuar a prisão do roubador e recuperar a motocicleta subtraída.

Ilustrativamente, menciono recente julgado desta Corte em que se reconheceu a ilicitude da apreensão de drogas porque, ao darem cumprimento a mandado de prisão, os policiais levaram consigo um cão farejador e fizeram busca por substâncias entorpecentes na residência do acusado, sem justa causa para tanto:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO AUTORIZAÇÃO PELO

AGENTE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências.

2. No caso, o agente foi flagrado em sua própria residência em posse de 5g (cinco gramas) de crack.

3. **O cumprimento de mandado de prisão não justifica a realização de busca na residência do agente, procedimento que demanda autorização judicial expressa ou a autorização explícita e espontânea do réu, o que não ocorreu *in casu*, como consignado corretamente na sentença absolutória.**

4. Na mesma linha a manifestação da Procuradoria-Geral da República, para quem, "diante da ilegalidade no ingresso dos policiais na residência do paciente, deve ser reconhecida a invalidade das provas obtidas mediante violação domiciliar, bem como restabelecida a absolvição aplicada pelo juízo sentenciante".

5. Habeas corpus concedido para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio, com o consequente restabelecimento da sentença absolutória, acolhido o parecer ministerial.

(HC n. 695.457/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe, 11/3/2022, grifei)

É pertinente trazer à baila, nesse sentido, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à finalidade dos atos administrativos:

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. O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração.

[...]

Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que “o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato”.¹⁵ É que a lei, ao habilitar uma dada conduta, o faz em vista de um certo escopo. Não lhe é indiferente que se use, para perseguir dado objetivo, uma ou outra competência, que se estribem em uma ou outra atribuição conferida pela lei, pois, na imagem feliz do precitado Caio Tácito: “A regra de competência não é um cheque em branco”.¹⁶ Em suma: a finalidade legal é um elemento da própria lei, é justamente o fator que proporciona compreendê-la. Por isso não se pode conceber o princípio da legalidade sem encarecer a finalidade quer de tal princípio em si mesmo, quer das distintas leis em que se expressa.

[...]

Abuso de poder é o uso do poder além de seus limites. Ora, um dos limites do poder é justamente a finalidade em vista da qual caberia ser utilizado. Donde, o exercício do poder com desvirtuamento da finalidade legal que o ensancharia está previsto como censurável pela via do mandado de segurança.

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 27 ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 106-108, destaquei)

Já na doutrina processual penal, não diverge a lição de Renato Brasileiro ao comentar a chamada “*Plan View Doctrine*”, do direito norte-americano:

[...] **há de se considerar ilícita a prova** obtida no cumprimento de busca e apreensão domiciliar quando:

- a) **restar comprovado que o agente policial, a despeito de já ter cumprido a diligência que constava do mandado judicial, continua efetuando diligências no interior do domicílio do investigado, então obtendo elementos relativos a outro delito.** Nessa hipótese, se o agente policial já logrou êxito na apreensão do objeto do mandado judicial, deve fazer cessar imediatamente a diligência. Se delibera por prosseguir, há evidente desvio de finalidade, devendo eventual apreensão de elementos probatórios relativos a outros delitos ser censurada com a pecha da ilicitude;
- b) **restar comprovado que o agente policial leva a efeito o cumprimento do mandado judicial em locais onde claramente não estaria o objeto da autorização judicial. Exemplificando, se o mandado de busca e apreensão tivesse como objetivo a**

localização de animais da fauna exótica de grande porte, haveria evidente desvio de finalidade caso a autoridade policial vasculhasse gavetas e armários, devendo ser considerados ilícitos eventuais provas relacionadas a outros delitos assim obtidas.

[...]

Suponha-se que, no curso de investigação relacionada a crimes contra a fauna, uma autoridade policial ingresse em uma residência munida de **mandado judicial de busca domiciliar com a finalidade de apreender animal de grande porte mantido em cativeiro sem autorização do IBAMA**. Se é esta a finalidade do mandado (CPP, art. 243, 11), é de se esperar que a diligência seja levada a efeito exclusivamente para a apreensão do animal. Logo, **na hipótese de os policiais passarem a revistar gavetas e armários, eventuais provas documentais referentes a crimes contra o sistema financeiro nacional ali encontradas não de ser consideradas ilícitas, porquanto não relacionadas ao objeto do mandado de busca**, caracterizando evidente violação do domicílio (CF, art. 5º, XI), pois, para tanto, não havia prévia autorização judicial.

(BRASILEIRO, Renato, *Manual de Processo Penal*, 8 ed., Salvador: JusPodivm, 2020, p. 698-699, grifei)

Retomando a hipótese dos autos, observa-se, como já dito, que a **polícia não entrou na casa para procurar o réu ou para prendê-lo por falsa identidade**, pois, conforme consta na própria denúncia, “**uma equipe policial realizou diligências com o fim de prendê-lo, ao passo que outra guarnição adentrou na residência após a devida autorização e deram início a uma minuciosa revista**” (fl. 220).

De qualquer maneira, 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**.

II. d – Consentimento da esposa do paciente

Por fim, no que tange ao terceiro argumento invocado para justificar a licitude dos elementos de informação obtidos em desfavor do réu – suposta autorização dada pela esposa do paciente para a realização das buscas no interior da residência –, verifico, pelos documentos constantes dos autos, que os policiais afirmam que foram autorizados pela companheira do acusado – **menor de idade, circunstância deles conhecida** – a realizarem buscas por drogas.

Todavia, em contraste com essa versão, a suposta autorização – **não documentada nem gravada** –, foi **negada** por ela todas as vezes em que foi ouvida, oportunidades em que, embora sem comprovação, também alegou haver sofrido sevícias dos agentes de segurança (fls. 103 e 439).

Quanto à temática do consentimento do morador, faço lembrar que, no julgamento do **HC n. 598.051/SP** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**), ocorrido em 2/3/2021, 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.

Naquela oportunidade, a Turma decidiu, dentre outros, que o consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados a crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação. Ainda, adotou-se a compreensão 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. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito.

Confirmam-se, a propósito, as **conclusões** apresentadas por ocasião do

referido julgamento:

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.

Em sessão extraordinária realizada em 30/3/2021, a Quinta Turma desta Corte, ao julgar o **HC n. 616.584/RS** (Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 6/4/2021), alinhou-se à jurisprudência da Sexta Turma em relação a essa matéria – seguindo, portanto, a compreensão adotada no referido HC n. 598.051/SP – e, assim, concedeu habeas corpus em favor de acusado da prática de crime de tráfico de drogas, por reconhecer a nulidade das provas obtidas por meio de violação domiciliar. Confira-se a ementa redigida para o julgado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. CONSENTIMENTO DO MORADOR. VERSÃO NEGADA PELA DEFESA. IN DUBIO PRO REO. PROVA ILÍCITA. NOVO ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA HC

598.051/SP. VALIDADE DA AUTORIZAÇÃO DO MORADOR DEPENDE DE PROVA ESCRITA E GRAVAÇÃO AMBIENTAL. WRIT NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 - , pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. 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".

3. Em recente julgamento no HC 598.051/SP, a Sexta Turma, em voto de relatoria do Ministro Rogério Schietti - amparado em julgados estrangeiros -, decidiu que o consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel será válido apenas se documentado por escrito e, ainda, for registrado em gravação audiovisual.

4. O eminente Relator entendeu ser imprescindível ao Judiciário, na falta de norma específica sobre o tema, proteger, contra o possível arbítrio de agentes estatais, o cidadão, sobretudo aquele morador das periferias dos grandes centros urbanos, onde rotineiramente há notícias de violação a direitos fundamentais.

5. Na hipótese em apreço, consta que o paciente e a corré, em razão de uma denúncia anônima de tráfico de drogas, foram abordados em via pública e submetidos a revista pessoal, não tendo sido nada encontrado com eles. Na sequência, foram conduzidos à residência do paciente, que teria franqueado a entrada dos policiais no imóvel.

Todavia, a defesa afirma que não houve consentimento do morador e, na verdade, ele e sua namorada foram levados à força, algemados e sob coação, para dentro da casa, onde foram recolhidos os entorpecentes (110 g de cocaína e 43 g de maconha).

6. Como destacado no acórdão paradigma, "Essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas - avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência quotidiana do que ocorre nos centros urbanos - ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular do direito atingido (in dubio libertas). Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento do morador."

7. Na falta de comprovação de que o consentimento do morador

foi voluntário e livre de qualquer coação e intimidação, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade na busca domiciliar e consequentemente de toda a prova dela decorrente (fruits of the poisonous tree).

8. Vale anotar que a Sexta Turma estabeleceu o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações.

9. Fixou, ainda, as seguintes diretrizes para o ingresso regular e válido no domicílio alheio, que transcrevo a seguir: "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.

10. 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.

11. 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.

12. 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.

13. 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."

14. Habeas corpus não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para declarar a invalidade das provas obtidas mediante violação domiciliar, e todas as dela decorrentes, na AP n. 132/2.20.0001682-3. Expeçam-se, também, alvará de soltura em benefício do paciente e, nos termos do art. 580 do CPP, da corrê.

Assim, não há, no caso dos autos, comprovação, nos moldes delimitados no precedente anteriormente citado, do consentimento para a

realização de buscas por objetos ilícitos no interior do domicílio.

Com efeito, **soa inverossímil a versão policial**, ao narrar que a esposa do acusado haveria **franqueado a realização de buscas em seu domicílio**. Ora, um mínimo de vivência e de bom senso sugerem a **falta de credibilidade** de tal versão. Pelas circunstâncias em que ocorreram os fatos – **adolescente de apenas 16 anos**, quantidade de policiais, armados etc. –, **não se mostra crível a voluntariedade e a liberdade para consentir na realização das buscas**.

Se, de um lado, se deve, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que **o senso comum e as regras de experiência merecem ser consideradas** quando tudo indica não ser crível a versão oficial apresentada, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota um indisfarçável desejo de se criar uma narrativa amparadora de uma versão que confira plena legalidade à ação estatal.

Essa **relevante dúvida não pode**, dadas as circunstâncias concretas – avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência quotidiana do que ocorre nos centros urbanos – **ser dirimida a favor do Estado**, mas a favor do titular do direito atingido (*in dubio pro libertas*). Em verdade, **caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento da moradora foi livremente prestado**, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento válido do morador.

Não houve, no entanto, preocupação em documentar esse consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

Sobre a gravação audiovisual, aliás, é pertinente destacar o **recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635** ("ADPF das Favelas", finalizado em

3/2/2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso – **em sua composição plena e em consonância** com o decidido por este Superior Tribunal no **HC n. 598.051/SP** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**, DJe 15/3/2021) – 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**".

É preciso, neste ponto, enfatizar que, ao contrário do que se dá em relação a outros direitos fundamentais, **o direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo de uma atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência**. Ao adentrar uma residência à procura de drogas – pense-se na cena de agentes do Estado fortemente armados ingressando em imóveis onde habitam famílias numerosas – são eventualmente violados em sua intimidade também os pais, os filhos, os irmãos, parentes em geral do suspeito, o que potencializa a gravidade da situação e, por conseguinte, demanda mais rigor e limite para a legitimação da diligência.

Certamente, a dinâmica, a capilaridade e a sofisticação do crime organizado e da criminalidade violenta exigem postura mais efetiva do Estado. No entanto, **a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa, a seu turno, sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes estatais**, sob a única justificativa, extraída de **apreciações pessoais** destes últimos, de que o local supostamente é ponto de tráfico de drogas ou de que o suspeito do tráfico ali possui droga armazenada.

Não se desconhece que a **busca e apreensão domiciliar pode ser de grande valia à cessação de crimes e à apuração de sua autoria**. No entanto, é de particular importância consolidar o entendimento de que o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de drogas em determinadas circunstâncias representa

legítima intervenção restritiva apenas se devidamente amparada em **justificativas e elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, sem o que os direitos à privacidade e à inviolabilidade do lar serão vilipendiados.**

A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam nesta Corte Superior diz respeito à própria **noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas** contra parcelas da população que, por sua topografia e status social, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

De nenhum modo se pode argumentar que, por serem os crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas legalmente equiparados aos hediondos, as forças estatais estariam autorizadas, em relação de meio e fim, a ilegalmente afrontar direitos individuais para a obtenção de resultados satisfatórios no combate ao crime. Em outras palavras, conquanto seja **legítimo que os órgãos de persecução penal se empenhem, com prioridade, em investigar, apurar e punir autores de crimes mais graves, os meios empregados devem, inevitavelmente, vincular-se aos limites e ao regramento das leis e da Constituição da República.**

Diante de tais considerações, tenho que 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 decorrentes.

A propósito, faço lembrar que a essência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (melhor seria dizer venenosa, tradução da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, repudia as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra contaminada por ilicitude original.

Por conseguinte, inadmissíveis também as provas derivadas da conduta

ilícita, pois **evidente o nexo causal entre uma e outra conduta**, ou seja, a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão das substâncias entorpecentes, da munição e da arma de fogo. Não se pode, evidentemente, admitir que o aleatório subsequente, fruto do ilícito, conduza à licitude das provas produzidas pela invasão ilegítima.

Destaco, nesse sentido, que, **embora a arma de fogo tenha sido achada em outro local (um sítio na zona rural), o encontro só ocorreu porque na residência do acusado os policiais primeiro encontraram uma munição, o que motivou a procura e o questionamento por eventual arma correspondente, a evidenciar a contaminação do ato pela ilegalidade inicial.**

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, já que a prática do delito, ao que consta, foi anterior ao ingresso dos agentes no lar do acusado.**

III. Ausência de fundamentação idônea para a prisão preventiva

Uma vez reconhecida a ilicitude das provas obtidas em desfavor do paciente, **fica prejudicada** a análise da alegação de que a custódia preventiva foi decretada sem fundamentação idônea, porquanto a absolvição, ainda que parcial, implicará, por consectário lógico, a soltura do acusado.

IV. Dispositivo

À vista de todo o exposto, **concedo parcialmente a ordem** de habeas corpus 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.

Considerando que a pena do crime do art. 307 do CP foi fixada em 4 meses e 15 dias de detenção, tempo inferior ao da prisão preventiva do réu, **determino a imediata expedição de alvará de soltura** em seu favor, se por outro

motivo não estiver preso, ou não houver a necessidade de sê-lo.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2021/0128850-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 663.055 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10001548620218110000 10053262220208110007

EM MESA

JULGADO: 22/03/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEANDRO FELIX DE LIRA
ADVOGADO : LEANDRO FELIX DE LIRA - MT0248370
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : UEDER ALVES MARQUES (PRESO)
INTERES. : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.