

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 228.426 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
AGTE.(S) : JOAO RAUL BARBARO VIEIRA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de agravo regimental, com pedido de reconsideração, interposto contra decisão que denegou *habeas corpus*.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 334-A, § 1º, IV, do Código Penal (contrabando), em regime inicial aberto, a qual restou substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 2 salários mínimos.

Interposta apelação pela defesa, o TRF4, por maioria, reformou a sentença para absolver o réu, com base no art. 386, II, do Código de Processo Penal em virtude do reconhecimento de ofício da nulidade da busca realizada em seu domicílio.

O Ministério Público interpôs recurso especial, o qual foi provido para afastar a nulidade e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para dar continuidade ao julgamento da apelação.

Na sequência, a defesa interpôs agravo regimental, ao qual foi negado provimento pela Sexta Turma do STJ.

Nesta Corte, em decisão de 24.7.2023, deneguei a ordem. (eDOC 11)

Neste agravo regimental, a defesa requer o reconhecimento de que *“o local se enquadra no conceito doutrinário de casa, visto que se tratava de chácara própria do imputado, e que estava inequivocamente fechada. Assim, o local encontra-se sob a garantia de inviolabilidade que determina a Constituição”* (eDOC 13, p. 5)

Requer *“a concessão da ordem de habeas corpus, “ainda que de ofício, a fim de absolver o paciente.”* (eDOC 13)

Com razão a defesa.

Inicialmente, transcrevo trechos do acórdão do TRF4 que reformou a sentença para absolver o réu:

No caso concreto, extrai-se dos elementos probatórios constantes nos autos, especialmente dos depoimentos das testemunhas Catiane Chaves Vardais (Inspetora de Polícia) e Miguel Garcia (Policia Militar), a forma como se deu a busca e apreensão dos cigarros estrangeiros.

Inicialmente, a Inspetora de Polícia Catiane Chaves Vardais, em seu depoimento (evento 86, VIDEO2 da ação penal), menciona que, na data dos fatos, foi recebida uma denúncia, dando conta de que o acusado estaria recebendo uma quantia de cigarros. Refere que conversaram com alguns vizinhos e moradores da localidade, os quais indicaram o local em que se encontrava a chácara do réu. Catiane menciona, ainda, que: chegando lá, a gente se deparou com um galpão, né. Tipo, é uma casa não habitada, era um galpão. Ele estava fechado, hã, não tinha morador, né. Era desabitado. Então, hã, ingressamos na casa, no galpão. Assim, tendo sido identificados os cigarros estrangeiros, esses foram apreendidos e, na sequência, eles teriam se deslocado até a residência do réu - local em que há um bar de propriedade dele -, oportunidade em que o acusado entregou mais alguns pacotes de cigarros. Na sequência, tendo sido questionada quanto à estrutura do galpão, a testemunha referiu que ele tava bem fechado, tinha janela, tinha porta. Mas estava bem fechado, bem como que ingressaram, pois foi arrombada a porta.

Já o Policial Militar Miguel Garcia, em seu depoimento (evento 86, VIDEO4 da ação penal) refere que já vinha recebendo "informações" relacionadas ao acusado, sendo que, na data dos fatos, chegou a informação de que ele estaria é, guardando material é, de contrabando, descaminho, numa propriedade rural em um galpão não habitado, é, onde não tem ninguém morador no local. Nessa oportunidade, então, referiu o Policial que fez contato com a Polícia Civil, no intuito de acompanhá-lo na diligência até a residência do réu. Na sequência, o PM Miguel Garcia e a Inspetora de Polícia Catiane

Chaves Vardais foram até o local referido, constatando, então, a existência dos cigarros, bem como de uma arma de fogo. Além disso, ele referiu que, após a apreensão dos cigarros estrangeiros, fizeram contato pessoal com o acusado, oportunidade em que esse referiu que, no interior do seu bar/minimercado, guardava uma outra quantia de cigarros - a saber: 96 pacotes e 37 maços de cigarros estrangeiros (evento 1, INIC1 da ação penal), tendo realizado a entrega do restante dos cigarros espontaneamente.

Com relação ao interrogatório do réu (evento 86, VIDEO3 da ação penal), do Termo de Transcrição (evento 118 da ação penal), extrai-se:

Juiz Federal:- Entendi. E, e voltando a questão dos cigarros, assim, me diga uma coisa. É, quando os policiais chegaram, né, e entraram naquele galpão lá. É, o senhor tava junto, o senhor tava naquele galpão ou não?

Réu:- Não, eu tava em casa aqui.

Juiz Federal:- Em casa. Réu:- Aí quando eles vieram e chegaram com o, com o cigarro na caixa ali, na, na, na caminhoneta deles, né.

Juiz Federal:- Certo. Réu:- Daí eles chegaram aqui, falando, falando numa boa, ainda eu disse pra mulher, o que será que eles querem, né, chegaram aí. Eu até tava lidando, costurando uma rede de pesca ali. [...]

Réu:- E daí ele chegou e disse pra mim, “óia, prendemos o cigarro do senhor lá em cima, lá na sua chácara”. E daí eu digo, “é?”, e daí ele disse, e daí eu fiquei, né, eu fiquei com medo, “o senhor tem mais

aí?”, eu disse, “aqui dentro de casa eu tenho duas caixinhas”. E daí na hora eu assumi, aí ele disse, “acho bom assumir tudo”. Daí eu peguei digo, eu fiquei com medo, né.

(grifado)

Depreende-se, portanto, dos depoimentos prestados pelas testemunhas em juízo, que, após o recebimento da informação anônima acerca do carregamento de cigarros de origem estrangeira e do suposto proprietário da carga, os policiais não realizaram qualquer investigação a fim de obter a prova pelos meios ordinários e tampouco adotaram as cautelas para que o ingresso na chácara e, posteriormente, no galpão do acusado, estivesse amparado por autorização judicial.

Impende destacar que as mercadorias apreendidas só foram encontradas depois que os policiais ingressaram no galpão, que se encontrava “bem fechado”, mediante arrombamento da porta. Sendo assim, considerando as balizas estabelecidas e m 15/03/2021 no precedente referido, verifica-se que não restaram caracterizadas as fundadas razões que autorizariam o ingresso no local, de forma excepcional.

Dessa forma, por entender não demonstradas as 'fundadas razões' para o ingresso no domicílio, realizada sem prévio consentimento do acusado e ao desamparo de autorização judicial, deve ser, de ofício, reconhecida a nulidade da prova, e, por conseguinte, do processo, impondo-se absolvição do acusado, forte no art. 386, II, do CPP.

Conclusão

Em conclusão, reconhecida, de ofício, a nulidade da prova, deve ser declarada a absolvição do réu, forte no art. 386, II, do CPP.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por, de ofício, reconhecer a nulidade da prova e absolver o réu, forte no art. 386, II, do CPP. (eDOC 13,p. 181/183)

Pois bem.

A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que **denúncias anônimas não podem embasar, por si sós, medidas invasivas como interceptações telefônicas e buscas e apreensões, devendo, para tanto, ser complementadas por diligências investigativas posteriores.**

Conforme precedente relatado pela Min. Cármen Lúcia nesta Segunda Turma:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NO ART. 3º, INC. II, DA LEI N. 8.137/1990 E NOS ARTS. 325 E 319 DO CÓDIGO PENAL. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NÃO REALIZADA. PERSECUÇÃO CRIMINAL DEFLAGRADA APENAS COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. 1. **Elementos dos autos que evidenciam não ter havido investigação preliminar para corroborar o que exposto em denúncia anônima.** O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedente. 2. A interceptação telefônica é subsidiária e excepcional, só podendo ser determinada quando não houver outro meio para se apurar os fatos tidos por criminosos, nos termos do art. 2º, inc. II, da Lei n. 9.296/1996. Precedente. 3. Ordem concedida para se declarar a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas, em razão da ilegalidade das autorizações, e a nulidade das decisões judiciais que as decretaram amparadas

HC 228426 AgR / RS

apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar. Cabe ao juízo da Primeira Vara Federal e Juizado Especial Federal Cível e Criminal de Ponta Grossa/PR examinar as implicações da nulidade dessas interceptações nas demais provas dos autos. Prejudicados os embargos de declaração opostos contra a decisão que indeferiu a medida liminar requerida.” (HC 108.147, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 1º.2.2013)

Em julgado da Primeira Turma, assentou-se que *“a denúncia anônima pode servir de base válida à investigação e à persecução criminal, desde que precedida por diligências tendentes a averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial”* (HC 141.157 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 11.12.2019).

Cito também os seguintes precedentes em sentido semelhante: ARE 1.120.771 AgR-segundo, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 6.11.2018; HC 133.148, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 15.12.2017.

Na doutrina, afirma-se que: *“Se há notícia anônima de comércio de drogas ilícitas numa determinada casa, a polícia deve, antes de representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, proceder a diligências veladas no intuito de reunir e documentar outras evidências que confirmem, indiciariamente, a notícia. Se confirmadas, com base nesses novos elementos de informação o juiz deferirá o pedido; se não confirmadas, não será possível violar o domicílio, sendo a expedição do mandado desautorizada pela ausência de justa causa. O mandado expedido exclusivamente com apoio em denúncia anônima será abusivo.”* (MORAES, Rodrigo Iennaco de. Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 62, set./out. 2006. p. 250-251).

Acerca da inviolabilidade do domicílio, mormente nos casos de crime permanente, em que há um ininterrupto estado de flagrância, esta Corte já se pronunciou. Na oportunidade, o Supremo reconheceu a

repercussão geral do tema (280), cujo processo paradigma é o RE 603.616/RO, de minha relatoria, DJe 10.5.2016:

“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). **O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico.** Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. **Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida.** Os agentes estatais devem

demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação 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. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso". (RE 603.616, de minha relatoria, j. 5.11.2015)

É possível extrair algumas premissas importantes desse julgado, segundo as quais se pode reconhecer a licitude de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial, em caso de crime permanente, como ocorre nos autos.

Aponta-se a necessidade de se observar o preceito constitucional de preservação da inviolabilidade do domicílio, realizado por meio do controle *a posteriori* pelo Judiciário, de modo que se impeçam ingerências arbitrárias no domicílio.

Aqui, é preciso destacar que a Constituição Federal relativiza o direito à inviolabilidade e permite o ingresso em domicílio sem consentimento de seu morador e sem autorização judicial, em caso de flagrante delito, mas não para investigar se há flagrante delito.

Na espécie, conforme já registrado, policiais receberam denúncia anônima *"de que o denunciado teria recebido cigarro e munição e levado para sua propriedade na Linha Pedra Lisa, Polícias Civil e Militar, em diligência conjunta in loco, localizaram em um galpão 10 caixas de cigarros de origem estrangeira (além de uma espingarda artesanal e munições"... "Na ocasião de tal diligência, ainda, em posterior busca efetuada no bar pertencente ao denunciado, houve a entrega espontânea de mais 96 pacotes e 37 maços de cigarros estrangeiros, repisando-se, por conseguinte, o viés comercial concernente aos*

cigarros apreendidos..." (eDOC 3, p. 48)

Ademais, de acordo com os autos, a busca e apreensão foi realizada em uma chácara utilizada pelo paciente para plantar frutas e guardar materiais. Ou seja, mesmo não sendo a moradia do paciente, assinto o entendimento da defesa no sentido de que *"se tratava de um galpão localizado em sua chácara, utilizado para armazenar máquinas e móveis"* (eDOC 13, p. 5) e que *"o local se enquadra no conceito doutrinário de casa, visto que se tratava de chácara própria do imputado, e que estava inequivocamente fechada"*. (eDOC 13, p. 5). Nesse sentido é o depoimento do paciente:

Réu:- Eu tenho assim, uma máquina de veneno, daí eu tenho arado, é, umas, umas mesas véia, e daí umas lenhas lá, só o que eu tenho dentro lá.

Juiz Federal:- O senhor, o senhor planta alguma coisa, cria animal lá na, nessa propriedade?

Réu:- Animal não. O que eu planto assim, é, na minha chacinha lá, que não dá bem uma etária, eu planto mamão, banana, laranja, bergamota. (eDOC 2, p. 221)

Nessa toada, cabe destacar jurisprudência desta Corte no sentido da abrangência do conceito de domicílio. *Mutatis mutandis*, observe-se o seguinte precedente, no qual as regras atinentes à inviolabilidade foram aplicadas a estabelecimentos comerciais:

Habeas corpus. 2. Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilicitude do resultado da diligência. 5. Ordem concedida, para determinar a inutilização

HC 228426 AGR / RS

das provas. (HC 106566, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16-12-2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 18-03-2015 PUBLIC 19-03-2015)

Ou seja, verifica-se que todo o ato está eivado de nulidade, seja pela inexistência de investigações preliminares, seja pela viciada autorização para ingresso no domicílio.

Diante do exposto, com base no art. 317, §2º, do RISTF, reconsidero a decisão agravada (eDOC 13) e concedo a ordem para restabelecer o acórdão do TRF4 que reconheceu a nulidade da prova e absolveu o réu.

Publique-se.

Brasília, 27 de outubro de 2023.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente