

DOUGLAS JOSÉ DA SILVA

**VALIDADE DA PROVA DECORRENTE DE BUSCA DOMICILIAR SEM
MANDADO JUDICIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

**Brasília/DF
2021**

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo de trazer uma reflexão acerca da licitude ou ilicitude da prova obtida em razão de busca domiciliar sem mandado e sem autorização do morador, com base nas recentes decisões do STJ. Em outras palavras, em quais circunstâncias o STJ considera válida ou inválida a prova decorrente do ingresso policial domiciliar sem mandado e sem autorização do morador?

De acordo com a Constituição Federal (art. 5º, XI)¹ somente é permitido o ingresso em casa afei nas seguintes situações: i) com autorização do morador; ii) por mandado judicial, durante o dia; iii) sem mandado judicial, durante o dia ou à noite, em caso de: a) dessarte; b) para prestar socorro; e c) caso de flagrante delito².

É nesse último ponto (flagrante delito) que reside toda discussão doutrinária e jurisprudencial, especialmente no caso de crimes permanentes, como o tráfico de drogas.

O STJ recentemente vem modificando seu entendimento jurisprudencial sobre o tema, com sucessivos julgados, passando a considerar ilícita a prova obtida pela polícia em razão do ingresso domiciliar sem autorização do morador e sem mandado judicial, mesmo no caso de crime permanente, o que tem gerado intenso debate entre os criminalistas.

O principal argumento contra essas decisões do Tribunal da Cidadania é no no sentido de que a Constituição Federal autoriza o ingresso domiciliar nos casos de flagrante delito. Assim a polícia poderia entrar em casa alheia, onde houvesse denúncias de que ali estaria sendo praticado, por exemplo, tráfico de drogas (crime permanente), não havendo que se falar em prova ilícita, pois a ação policial estaria amparada por norma constitucional³.

Nos próximos tópicos analisar-se-á as mais recentes decisões do STJ

¹ CF, art. 5º, XI - 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 “Aqui cumpre lembrar que, ao estatuir que a casa é o asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI), a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana”. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 208.

³ Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-nov-13/direitos-fundamentais-decisao-stf-violacao-domicilio-indica-posicao-prudencial#_ftn2

sobre o tema, abordando-se cada caso concreto e as razões de fato e de direito adotadas pelo colegiado para decidir.

2 Validade das provas obtidas, em razão de denúncia anônima, após entrada no domicílio do acusado que fugiu ao ver a polícia

A principal questão enfrentada aqui pelo STJ no REsp 1.574.681/RS⁴ e no RHC 83.501/SP⁵, foi a seguinte: *a existência de denúncias anônimas somada à fuga do acusado, por si só, configura fundadas razões a autorizar o ingresso policial no domicílio do acusado sem o seu consentimento ou determinação judicial, tornando lícitas as provas eventualmente colhidas no local?*

Para entender melhor, vejamos resumidamente o caso concreto decido:

Em razão de denúncia anônima de que estaria ocorrendo o crime de tráfico de drogas na localidade, policiais que realizavam patrulha abordaram Gabriel, menor de idade, que surpreendido por policiais fugiu para sua residência. Em perseguição, os policiais ingressaram na residência sem consentimento ou sem ordem judicial e realizaram buscas, encontrando no local 132 pedras de crack e outros tipos de entorpecentes. A proprietária da casa, mãe do menor foi presa em flagrante e conduzida à delegacia, juntamente com as drogas apreendidas. Para o STJ, nessa situação, as provas obtidas são lícitas? Ou são ilícitas por terem sido colhidas por meio da violação ilegal de domicílio da acusada?

De acordo com o entendimento do STJ nos julgados de referência ficou decidido que o direito à inviolabilidade do domicílio está garantido pela Constituição Federal (CF, art. 5º, XI), entretanto também prevê algumas exceções, em que se é permitida a entrada, sem o consentimento do morador, vejamos: “a) em caso de flagrante delito; b) desastre; c) para prestar socorro; d) durante o dia, por determinação judicial”.

Contudo, a mera denúncia anônima não é fundamento idôneo para autorizar o ingresso em domicílio de qualquer indivíduo, sendo necessária uma prévia investigação para confirmação da veracidade das informações recebidas anonimamente e se de fato há uma das causas autorizativas para que adentrem na residência sem autorização ou determinação judicial.

⁴ STJ. 6ª Turma. REsp 1.574.681/RS, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, julgado em 20/4/2017 (INFO/STJ 606).

⁵ STJ. 6ª Turma. RHC 83.501/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 06/03/2018 (INFO/STJ 623).

Frise-se que se for por determinação judicial o ingresso somente é possível durante o dia. há necessidade de uma prévia justificativa, plausível e concreta, para que se admita a entrada forçada em domicílio. Ou seja, a constatação de flagrância deve ser anterior ao ingresso, para que fique demonstrada a justa causa para a entrada forçada e não após adentrar na residência se verificar uma situação de flagrância.

A violação de domicílio gera no campo probatório do processo penal algumas consequências como a ilicitude de provas eventualmente obtidas, bem como a invalidação do próprio procedimento probatório. A denúncia anônima não serve como justa causa a autorizar o ingresso forçado no domicílio de um suspeito, nem a mera intuição de que ali ocorre a prática de tráfico de drogas.

Deve haver certeza da existência dos fatos ou das circunstâncias que levem qualquer pessoa a acreditar ou suspeitar de que um crime esteja ocorrendo no interior do domicílio, com base em elementos concretos e previamente apurados.

Ter a polícia recebido denúncias anônimas e, em seguida, o suspeito empreendido fuga, não justificam, por si sós, a violação de seu domicílio. Nesse caso, a descoberta posterior de uma situação de flagrante é um mero acaso, não justifica a entrada forçada e torna a prova obtida ilícita, bem como imprestáveis todos os demais atos que sejam praticados posteriormente.

3 Busca e apreensão em local não habitado com a fundada suspeita da prática de crime permanente

Já no HC 588.445/SC⁶ iremos analisar à luz da jurisprudência do STJ se há ou não nulidade das provas decorrentes de busca e apreensão efetuada por policiais, sem prévio mandado judicial, em apartamento que não revela sinais de habitação, nem mesmo de forma transitória ou eventual. Ou seja, se a aparente ausência de residentes no local aliada à fundada suspeita de que o imóvel é utilizado para a prática de crime permanente permite o ingresso na habitação sem autorização de forma legal⁷.

⁶ STJ. 5ª Turma, HC 588.445/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/08/2020 (INFO/STJ 678).

⁷ É o que se pode extrair do art. 303 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

O caso concreto em síntese decidido foi o seguinte:

Após denúncia anônima detalhada de armazenamento de drogas e de armas, seguidas de informações dos vizinhos de que não haveria residente no imóvel e de vistoria externa na qual não foram identificados indícios de ocupação, mas foi visualizada parte do material ilícito, policiais adentraram o local e encontraram grande quantidade de drogas. Nessa situação, para o STJ a ação foi legal, sendo válida todas as provas obtidas? Vejamos.

O referido julgado não traz, em si, uma inovação jurisprudencial porque para STJ e STF é lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial quando amparada em fundadas razões, justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

Ocorre que esse entendimento, agora, de forma lógica, abrange também o local que não revela sinais de habitação, ainda que de forma transitória, já que, havendo fundadas suspeitas da prática de crime permanente, admite-se a entrada em domicílio sem mandado judicial.

Em síntese, sem desconsiderar a proteção constitucional de que goza a propriedade privada, ainda que desabitada, não se verifica nulidade na busca e apreensão efetuada pela polícia, sem prévio mandado judicial, em casa que não revela sinais de habitação, nem mesmo de forma transitória ou eventual, aliada à fundada suspeita de que o imóvel é utilizado para prática de crime permanente (exemplo: tráfico de drogas).

Como dito, o direito de inviolabilidade do domicílio está garantido no art. 5º, XI, da CF e prevê algumas exceções, em que se é permitida a entrada sem o consentimento do morador, quais sejam, em caso de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial.

Em relação ao flagrante delito, também conforme entendimento dos Tribunais Superiores, o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, a situação de flagrância.

A mera intuição de que está ocorrendo um crime permanente na casa não autoriza o ingresso sem mandado judicial ou consentimento do morador. Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão.

É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4 Forma de autorização para ingresso da polícia em domicílio: necessidade de documento assinado e registro por vídeo da ação policial?

O STJ já vinha decidindo recentemente e de forma reiterada que denúncia anônima, por si só, não autoriza o ingresso de policial em domicílio alheio sem que haja fundadas razões para suspeitar de que ali estaria sendo cometido algum tipo de crime. Assim, a polícia deve fazer outras diligências para praticar o ato, obter autorização judicial ou do morador para o ingresso na casa.

A cerne da questão do HC 598.051/SP⁸ foi saber, quando há autorização do morador para a polícia entrar no domicílio, como deve ser obtida essa autorização.

Em outras palavras, “*em caso de dúvida, a prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito cabe ao Estado?*” *Deve ser feita alguma declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato?* Ainda assim, é necessário que a operação seja registrada em áudio-vídeo e preservada a prova enquanto durar o processo?

É nesse ponto que iremos verificar quais foram as balizas traçadas pelo STJ.

De modo geral, os Tribunais Superiores entendem que é lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial quando amparada em fundadas razões, justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito (STF. Plenário, RE 603.616/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 04 e 05/11/2015 - repercussão geral - INFO 806; STJ. 6ª Turma, REsp 1.574.681/RS, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 20/04/2017 - INFO 606).

No julgado em estudo, não houve mudança desse entendimento nem inovação jurisprudencial, mas apenas a fixação de algumas exigências/justificativas quando houver dúvida, ou seja, quando for o caso de suspeita de flagrância delitiva.

⁸ STJ. 6ª Turma. HC 598.051/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 02/03/2021 (INFO/STJ 687).

Assim, para garantir a devida proteção da garantia constitucional à inviolabilidade do domicílio, o STJ decidiu que devem os policiais adotar as seguintes providências: i) declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato; ii) registro da operação em áudio-vídeo.

Por fim, importante destacar que foi fixado o prazo de 1 (um) ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a evitar situações de ilicitude, que, entre outros efeitos, poderá implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal, à luz da legislação vigente (art. 22 da Lei 13.869/2019), sem prejuízo do eventual reconhecimento, no exame de casos a serem julgados, da ilegalidade de diligências pretéritas.

5 Conclusão

Ante o exposto, conclui-se que o STJ tem decidido que mesmo no caso de crime permanente (como é o tráfico de drogas), não pode haver o livre ingresso de policiais em casa alheia, sem mandado ou consentimento do morador, se ausente fundadas suspeitas, constatadas através de diligências anteriores, de que há um crime ali sendo cometido.

Tem-se afastado a utilização de denúncia anônima para autorizar o ingresso de policiais em domicílio suspeito da prática de crime, ainda que permanente, mesmo que somada a outros fatores, como fuga do acusado ao avistar a polícia.

A principal crítica a esse posicionamento jurisprudência é justamente por que se o crime de tráfico de drogas é permanente, ou seja, sua consumação se protraí no tempo, a Constituição Federal autoriza a entrada de policiais a qualquer hora do dia ou da noite.

Por fim, verificou-se também que o STJ ainda trouxe parâmetros a serem cumpridos pela polícia para considerar válida a autorização dada pelo morador aos policiais, devendo ser ela por escrito, preferencialmente na presença de testemunhas e a ação ainda deve ser gravada em áudio e vídeo.

Referências

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 208

Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-nov-13/direitos-fundamentais-decisao-stf-violacao-domicilio-indica-posicao-prudencial#_ftn2

STJ. 6ª Turma. REsp 1.574.681/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 20/4/2017 (INFO/STJ 606).

STJ. 6ª Turma. RHC 83.501/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 06/03/2018 (INFO/STJ 623).

STJ. 5ª Turma, HC 588.445/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/08/2020 (INFO/STJ 678).

STJ. 6ª Turma. HC 598.051/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 02/03/2021 (INFO/STJ 687).