

05/02/2019

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 144.159 PARANÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanho, integralmente, o douto voto proferido pelo eminente Ministro Relator, considerada a insuperável situação de ilicitude que contamina a validade e a eficácia jurídicas da prova penal produzida ao longo da “persecutio criminis” ora questionada nesta impetração.

Tenho para mim, na linha de decisão que proferi no julgamento do HC 106.566/SP, que a prova penal ora questionada resultou, no caso, de ato impregnado de ilicitude material, pois a execução do mandado judicial de busca e apreensão ocorreu “ultra vires”, eis que essa medida restritiva de direitos transgrediu o que dispõe o art. 243, I, do Código de Processo Penal, pois – segundo assinalou o eminente Ministro Relator – a busca e apreensão realizou-se em local distinto daquele indicado no respectivo mandado judicial, considerado o fato de que a autorização dada pelo Poder Judiciário referia-se a endereço de determinada pessoa jurídica (uma sociedade empresária), muito embora a diligência tenha sido efetivada na residência de pessoas físicas (“universitas distat a singulis”) sequer relacionadas na ordem judicial.

É importante ressaltar, neste ponto, que o entendimento que venho de referir tem o suporte teórico de eminentes doutrinadores (GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “Processo Penal”, p. 502, item n. 10.12.3, 4ª ed., 2016, RT; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 688/689, 2ª ed., 2017, JusPODIVM; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 480, obra coordenada por Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron e Gustavo Henrique Badaró, 2018, RT; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”,

HC 144159 / PR

vol. 1/447-448, 4ª ed., 1999, Saraiva; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal”, p. 519/520, item n. 11.5, 16ª ed., 2019, Saraiva, v.g.), **que sustentam – além de sua repulsa** ao mandado de busca e apreensão de conteúdo genérico – a necessidade de estrita observância dos limites que conformam a elaboração e a execução do mandado judicial de busca e apreensão, de cujo conteúdo deve necessariamente constar o que determina a legislação processual penal que assim dispõe em seu art. 243, inciso I:

“Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;”
(grifei)

Vale destacar, em face de sua extrema clareza, a douda lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 672, item n. 35, 18ª ed., 2019, Forense), em passagem na qual, após repelir, por ilegais, os mandados de busca e apreensão de conteúdo genérico, assim se pronuncia:

“(…) o mandado de busca, por importar em violação de domicílio, deve ser preciso e determinado, indicando o mais precisamente possível a casa onde a diligência será efetuada, bem como o nome do proprietário ou morador (neste caso podendo ser o locatário ou comodatário). Admitir-se o mandado genérico torna impossível o controle sobre os atos de força do Estado contra direito individual, razão pela qual é indispensável haver fundada suspeita e especificação (...).” (grifei)

Essa orientação é também perfilhada por ANDRÉ NICOLITT (“Manual de Processo Penal”, p. 852/854, item n. 10.3.2.1.1, 6ª ed., 2016, RT), que expende, em preciso magistério, advertência a propósito da estrita e necessária conformidade com a legislação processual penal tanto da

HC 144159 / PR

formulação do mandado judicial de busca e apreensão **quanto** de sua efetivação executória **por parte** dos agentes estatais **incumbidos** da persecução criminal, **rejeitando**, *ainda*, **por incompatível** com o ordenamento positivo, **a esdrúxula figura do mandado de busca e apreensão genérico**:

“O mandado de busca deve sempre conter os fins e os motivos de sua expedição, para que não se dê ao executor um cheque em branco, possibilitando verdadeiras devassas na intimidade alheia. Em outros termos, ainda seguindo o processualista argentino (Alberto M. Binder, ‘Introducción al Derecho Procesal Penal’, p. 188, 2002, Ad-Hoc):

‘...a ordem de busca não pode ser genérica, quanto ao tempo ou quanto ao lugar, deve estar circunscrita temporalmente (isso não significa que deva ser expedida necessariamente para um dia determinado, porém não pode ser uma ordem ‘aberta’, com validade permanente); e deve determinar com precisão – e expressamente – o local que pode e deve ser revistado.’

Por tal razão, o art. 243 indica o que deve constar no mandado de busca, como o local mais preciso possível, motivos e fins e a assinatura da autoridade que expediu a ordem de busca e apreensão.

Nossa posição:

A prática designada por ‘mandado genérico’ consistente na autorização à autoridade policial para ingressar em número indeterminado de moradias (barracos) em determinada comunidade, não raro designada por favela, além de violar a inviolabilidade constitucional do domicílio, viola a legalidade, vez que até o CPP prevê a necessidade de especificação do local da diligência.” (grifei)

A exigência de estrito respeito ao que se contém no Código de Processo Penal **a propósito do mandado judicial de busca e apreensão e**

HC 144159 / PR

a necessidade de controle jurisdicional sobre a execução dessa medida cautelar vocacionada à obtenção de elementos probatórios prendem-se ao fato de que os órgãos e agentes da “*persecutio criminis*” não podem ultrapassar os limites que, delineados pelo ordenamento positivo, inclusive pela própria Constituição da República, restringem-lhes os poderes de investigação penal e de persecução criminal.

É por isso que se mostra relevante ter sempre presente, Senhores Ministros, a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, ilustre Professor das Arcadas e eminente Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“**O Processo Criminal Brasileiro**”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), no sentido de que a persecução penal, que se rege por estritos padrões normativos, traduz atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, tanto de natureza legal quanto de ordem constitucional, que restringem o poder do Estado, a significar, desse modo, tal como enfatiza aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.

É por essa razão que o processo penal condenatório não constitui nem pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Não exagero ao ressaltar a decisiva importância do processo penal no contexto das liberdades públicas, pois – insista-se – o Estado, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal um instrumento destinado a inibir a opressão judicial e a neutralizar o abuso de poder perpetrado por agentes e autoridades estatais.

Daí, Senhor Presidente, a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed.,

HC 144159 / PR

2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”, **tal como entende, também em autorizado magistério**, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (“**Instituições de Processo Penal**”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal**:

“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)

Essa mesma percepção a propósito da vocação protetiva do processo penal, **considerado** o regime constitucional das liberdades fundamentais, **é também perfilhada** por autorizadíssimo (e contemporâneo) magistério doutrinário, **que ressalta** a significativa importância do processo judicial como “garantia dos acusados” (VICENTE GRECO FILHO, “**Manual de Processo Penal**”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “**Processo Penal**”, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “**Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e efetividade**”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “**Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “**Manual de Processo Penal**”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “**Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.).

Essa é a razão básica, Senhores Ministros, **que me permite insistir** na afirmação de que **a persecução penal** – cuja instauração **é justificada** pela prática de ato *supostamente* criminoso – **não se projeta nem se exterioriza** como manifestação de absolutismo estatal. **De exercício indeclinável**, a “*persecutio criminis*” **sofre** os condicionamentos **que lhe**

HC 144159 / PR

impõe o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade**, nesse contexto, **representa insuperável** limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, **mesmo porque** – *ninguém o ignora* – o processo penal **qualifica-se** como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele **que é submetido**, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal **cuj** prática somente se legitima **dentro de um círculo intransponível e predeterminado** pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, **tal como tem entendido a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

– **A submissão** de uma pessoa à jurisdição penal do Estado **coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** que se estabelece **entre** a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘*jus libertatis*’ titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, **enquanto atividade estatal juridicamente vinculada**, por padrões normativos que, **consagrados** pela Constituição e pelas leis, **traduzem limitações significativas** ao poder do Estado. **Por isso mesmo**, o processo penal **só pode ser concebido** – e **assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório **não é um instrumento de arbítrio do Estado**. Ele representa, **antes**, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. **Ao delinear um círculo de proteção** em torno da pessoa do réu – **que jamais se presume culpado**, até que sobrevenha **irrecorrível** sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento **que inibe** a opressão judicial e que, **condicionado por parâmetros ético-jurídicos**, **impõe ao órgão acusador o ônus integral** da prova, ao mesmo tempo em que **faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios** produzidos pelo Ministério Público.

HC 144159 / PR

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula 'nulla poena sine iudicio' exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual."

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Nesse contexto, Senhor Presidente, **é de registrar-se – e acentuar-se –** o decisivo papel que desempenha, **no âmbito** do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, **cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica** dos atos e resoluções emanados do Estado e, em particular, **das decisões** de seu Poder Judiciário.

Não se desconhece, Senhores Ministros, **que se revela inquestionável a essencialidade da atividade probatória** ("nulla accusatio sine probatione") que se deve realizar **no curso** dos procedimentos estatais de persecução criminal, **sempre** com o objetivo de apurar e de esclarecer a verdade real **em torno** do fato delituoso, **circunstância que põe em evidência**, com particular destaque, entre outros meios instrumentais, a medida de busca e apreensão, **que não pode ser ordenada nem executada de maneira abusiva e de forma arbitrária**.

É preciso advertir, tal como tive o ensejo de decidir nesta Suprema Corte (HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **que não são absolutos** os poderes **de que se acham investidos** os órgãos e agentes da persecução penal (Policia Judiciária e Ministério Público), **pois** o Estado, **em tema** de apuração de crimes, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e prerrogativas **que assistem, constitucionalmente**, aos cidadãos em geral. **Na realidade**, os poderes do Estado **encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar, até mesmo, ilícito constitucional**.

HC 144159 / PR

É por tal razão que a ação persecutória do Estado, **qualquer** que seja a instância de poder perante a qual se instaure, **para revestir-se** de legitimidade, **não pode apoiar-se** em elementos probatórios **ilicitamente** obtidos, **sob pena** de ofensa à garantia constitucional do “*due process of law*”, **que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras** no plano de nosso sistema de direito positivo.

Não custa lembrar, em face de seu relevo, a experiência do direito comparado, como se dá com a “*Exclusionary Rule*” – **consagrada** pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América – que atua como expressiva limitação ao poder do Estado de produzir prova, **contra o réu, em sede processual penal.**

A Constituição da República, em norma **revestida** de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), **desautoriza**, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), **qualquer prova** cuja obtenção, pelo Poder Público e em detrimento do acusado, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios **que resultem da violação de direito material (ou, até mesmo, de direito processual), não prevalecendo**, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, **em matéria** de atividade probatória **exercida contra o réu, a fórmula autoritária** do “*male captum, bene retentum*”.

Os procedimentos dos agentes da Polícia Judiciária e do Ministério Público **que contrariem** os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, **sob pena de inadmissível subversão** dos princípios constitucionais **que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem** os poderes do Estado **em suas relações** com os cidadãos, **notadamente** com aqueles que sofrem a persecução penal instaurada pelos organismos estatais.

HC 144159 / PR

Daí a clara diretriz jurisprudencial desta Corte Suprema **no sentido de que ninguém** pode ser investigado, denunciado **e, muito menos,** condenado **com base, unicamente,** em provas ilícitas, **quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer** novo dado probatório, **ainda** que produzido, de modo válido, em momento subsequente, **não pode apoiar-se, não pode ter** fundamento causal **nem derivar** de prova **comprometida** pela mácula da ilicitude originária.

A exclusão da prova **originariamente** ilícita – **ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação** – **representa** um dos meios mais expressivos **destinados a conferir efetividade** à garantia do “*due process of law*” e a **tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida contra o réu,** a tutela constitucional **que preserva** os direitos e prerrogativas **que assistem** a qualquer acusado em sede processual penal.

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “*frutos da árvore venenosa*”) **repudia, por constitucionalmente inadmissíveis,** os meios probatórios que, **não obstante** produzidos, *validamente*, em momento ulterior, **acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito** de repercussão causal.

Todos sabemos que as **buscas domiciliares** qualificam-se como matérias postas **sob reserva constitucional de jurisdição, eis 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*” (CF, art. 5º, inciso XI).

Não constitui demasia lembrar, no entanto, que, **para os fins** da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, **o conceito normativo de “casa”** revela-se abrangente (CPP, art. 246) e, **por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao**

HC 144159 / PR

público, onde alguém exerce profissão ou atividade (**CP**, art. 150, § 4º, III), **compreende**, observada **essa específica** limitação espacial (área interna **não acessível** ao público), os escritórios profissionais (**HC 93.050/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), “*embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita*” (NELSON HUNGRIA).

Sem que ocorra **qualquer** das situações excepcionais **taxativamente** previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), **nenhum agente público, ainda que vinculado** aos organismos estatais de persecução criminal, **poderá, contra a vontade de quem de direito** (“*invito domino*”), **ingressar, durante o dia, sem** mandado judicial, **em espaço privado não aberto** ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, **sob pena** de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada **reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material** (**RHC 90.376/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Cabe advertir, por necessário, que a busca e apreensão domiciliar constitui *medida de índole cautelar destinada* a viabilizar a obtenção de dados probatórios, **revestindo-se, em razão de sua própria natureza, de caráter excepcional, tanto que dependente** de ordem judicial *escrita e fundamentada*, **a significar** que o magistrado, **ao deferir** tal providência, **deverá fazê-lo apenas se existentes “fundadas razões”** (**CPP**, art. 240, § 1º), **sob pena** de invalidade **não só** da própria decisão que a defere, **mas, igualmente**, dos elementos de informação que por seu intermédio vierem a ser obtidos.

Daí a procedente observação de EUGÊNIO PACHELI DE OLIVEIRA e de DOUGLAS FISCHER (“**Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**”, p. 432, item n. 240.5, 3ª ed., 2011, Lumen Juris):

“(…) **o art. 246, CPP, amplia justificadamente o conceito, para abranger** o compartimento habitado **ou** o aposento ocupado de habitação coletiva **ou** o compartimento não aberto ao público, **onde alguém exercer profissão ou atividade. Todos são**

HC 144159 / PR

considerados domicílios, fechando-se, por isso mesmo, às regras da inviolabilidade domiciliar.

De início, tem-se a imprescindibilidade de ordem judicial para a busca e apreensão domiciliares. E a inviolabilidade do domicílio, como ainda veremos, inclui-se nas chamadas 'reservas de jurisdição', segundo e pelas quais somente a autoridade judiciária poderia determinar o afastamento de determinadas 'franquias' (inviolabilidades) pessoais (...).

A extensão do domicílio ao compartimento habitado e outras moradias, além de locais não abertos ao público no qual exerce a pessoa sua profissão ou atividade, há que ser entendida como um reforço de proteção à intimidade e à privacidade, igualmente exercitadas e merecedoras de tutela em locais não incluídos no rígido conceito de 'residência' e domicílio.

Observe-se que as providências reclamadas e assim justificadoras da busca e da apreensão domiciliar são mais amplas que a busca pessoal." (grifei)

*Na realidade, o mandado judicial de busca e apreensão domiciliar que não observar os requisitos mínimos, *intrínsecos e extrínsecos, impostos pelo ordenamento positivo, como sucedeu no caso ora em exame, constituirá ato estatal desprovido de validade e de consequente eficácia no plano jurídico, cabendo lembrar, bem por isso, como anteriormente salientado, as exigências estabelecidas pelo art. 243 do CPP, cujo inciso I foi claramente transgredido na espécie, pois o mandado de busca domiciliar, ao ser executado no local em que *efetivamente* se deu a apreensão, não indicava, como ordena a legislação, "o mais precisamente possível", o espaço privado em que deveria ter sido realizada a diligência.**

No caso ora em exame, como bem o demonstrou a impetração e destacou o eminente Relator, a diligência policial efetivou-se com evidente desrespeito aos estritos limites que delineiam os atos fundados em referida operação de coleta de provas.

HC 144159 / PR

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, por tratar-se de provas que foram **ilicitamente** incorporadas aos autos da persecução penal, **entendo que se impõe**, para além da proclamação **da sua absoluta desvalia jurídica**, a aplicação do que determina **o § 3º** do art. 157 do CPP, **na redação dada** pela Lei nº 11.690/2008, **que assim dispõe**: “**Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente**” (grifei).

Sendo assim, em face das razões expostas, **também concedo**, em parte, nos termos do substancioso voto do eminente Relator, a ordem de “**habeas corpus**”, **determinando**, ainda, a **inutilização das provas penais ilicitamente obtidas** (CPP, art. 157, § 3º).

É o meu voto.