



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 617.232 - SP (2020/0260299-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DIEGO LOCATELI DE MELLO FERREIRA
ADVOGADO : DIEGO LOCATELI DE MELO FERREIRA - SP297141
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CELIO VICENTE DA COSTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO AOS DADOS DE APLICATIVO CELULAR WHATSAPP. INGRESSO NA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE FUNDADA SUSPEITA. ILEGALIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. É pacífico nesta Corte o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, está-se diante de situação de flagrante delito.

3. Ausente, assim, justa causa para o ingresso domiciliar, sem consentimento do morador nem autorização judicial, ainda que obtido êxito na apreensão de droga.

4. *Habeas corpus* concedido para declarar a nulidade das provas obtidas por meio do ingresso domiciliar sem mandado, bem como do acesso ao celular do paciente, sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2021 (Data do Julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Presidente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 617.232 - SP (2020/0260299-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DIEGO LOCATELI DE MELLO FERREIRA
ADVOGADO : DIEGO LOCATELI DE MELO FERREIRA - SP297141
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CELIO VICENTE DA COSTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em face de acórdão assim ementado (fl. 25):

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO VOLTADA AO VIL COMÉRCIO. Busca realizada em residência com lastro em fundadas suspeitas sobre o tráfico desempenhado no local. Crime de natureza permanente, propiciando a aferição da situação flagrancial e correlata incursão policial a qualquer tempo. Consulta a registros gravados em aparelho celular. Ausência de violação ao sigilo de comunicações telefônicas.

Indeferimento de diligências irrelevantes. Cerceamento de defesa não caracterizado.

Preliminares rejeitadas. Materialidade e autoria comprovadas. Relatos seguros e coesos dos policiais. Vínculo associativo evidenciado pelo acervo probatório. Condenação mantida.

Pena-base no mínimo legal, não obstante circunstância adversa relativa à grande quantidade do tóxico apreendido a exigir incremento das basilares (artigo 42 da Lei nº. 11.343/06).

Reincidência específica do corréu CÉLIO delineada. Privilégio previsto no artigo 33, § 4º, daquela mesma Lei Extravagante, incogitável diante do quadro negativo, a par da dedicação a atividade criminosa ínsita à associação espúria.

Regime prisional fechado único adequado ao crime de natureza hedionda e circunstâncias desfavoráveis do mesmo modo inconciliáveis com retiro menos severo. Precedentes. Recursos improvidos, com correção de erro material na parte dispositiva da sentença.

Alega a ocorrência de constrangimento ilegal por ausência de fundadas suspeitas para o ingresso no domicílio sem autorização judicial, bem como no acesso às conversas de *whatsapp* no momento do flagrante pelos policiais sem autorização judicial.

Requer a concessão da ordem para declarar a nulidade da invasão de domicílio, da realização da campana dentro do domicílio, e do acesso pelos policiais a conversas do aplicativo “*whatsapp*”, sem ordem judicial, reconhecendo-se a nulidade da ação penal desde a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fase instrutória para que se desenvolva dentro dos limites e parâmetros previstos no ordenamento jurídico.

O pedido liminar foi indeferido.

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 617.232 - SP (2020/0260299-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O paciente foi condenado à pena de 9 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, mais 1.440 dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006.

Relativamente às apontadas nulidades, encontra-se assim fundamentada a sentença (fls. 13/15):

A preliminar de cerceamento de defesa sustentada pela defesa de Célio não prospera, pois a prova pretendida em nada poderia corroborar para o deslinde da presente ação, já que o fato de o acusado ser ou não mencionado em outros inquéritos policiais não iria beneficiar sua defesa nestes autos. Portanto, trata-se de prova totalmente impertinente ao caso e meramente protelatória.

Por sua vez, passo a analisar a objeção deduzida pelas defesas de Willis, Iara e Valdecir, sustentando ser ilícita a prova produzida a partir da constatação não autorizada de conversas armazenadas no aplicativo "whatsapp" do aparelho celular apreendido em poder do acusado Willis, preso em flagrante por tráfico de **entorpecente, cuja privacidade e intimidade teriam sido, portanto, violadas.**

Entendo que a objeção não merece ser acolhida, porquanto não há qualquer ilicitude nas provas juntadas, pois a garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas refere-se à vedação de escutas clandestinas.

Embora erigindo-se em garantia constitucional a impossibilidade de utilização de prova obtida de forma ilícita, a fim de preservar direitos fundamentais que possam ser atingidos pela persecução penal, o fato é que esta proteção não alcança os registros encontrados em aparelho de telefonia celular.

Impende destacar, inicialmente, **que não se confundem comunicação telefônica e os registros telefônicos, recebendo, inclusive, proteção jurídica distinta.** Ademais, não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação 'de dados' e não os 'dados'.

No caso em exame, **a ilegalidade sustentada pela defesa decorre do fato de que, após a prisão em flagrante do corréu Willis, os policiais, ao apreenderem os aparelhos de celular, procederam à análise das conversas ali constantes.**

Com efeito, é importante destacar que o inquérito policial é procedimento administrativo, inquisitório e preparatório, cuja finalidade precípua é a colheita de informações quanto à autoria e à materialidade do delito, a fim de subsidiar a propositura de eventual ação penal. Daí, dispor o art. 6º do CPP que a autoridade policial tem o dever de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal, impondo-lhe determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito, apreender os objetos que tiverem relação com o fato delituoso, colher as provas que servirem para esclarecimento do fato e suas circunstâncias, ouvir o ofendido, ouvir o indiciado, dentre outras diligências.

Em princípio, foi como agiu a autoridade policial que, **ao prender em flagrante delito o corréu Willis, tomou a cautela de colher todo material com potencial**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interesse para investigação, inclusive procedendo à pesquisa das mensagens constantes do aparelho celular apreendido, meio material indireto de prova, de sorte que cumpriu seu mister, buscando, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade dos delitos ora imputados. Nesse sentido, a autoridade conseguiu encontrar conversas que demonstram indícios de existência e prática dos delitos ora imputados.

Consigno, por oportuno, que as mensagens constantes do aparelho celular apreendido estavam acessíveis à autoridade policial, mediante simples exame do objeto apreendido, circunstância que, de fato, diferencia do acesso a informações registradas na empresa de telefonia.

Por seu turno, destaco que **essas conversas registradas no aparelho celular, por si só, não se conectam com nenhum valor constitucionalmente protegido**.

Abstraindo-se do meio material em que os dados estavam registrado (aparelho celular), como por exemplo se as conversa estivessem em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime ou estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? Penso que não.

Ademais, impende lembrar que a Constituição Federal excepcionou a inviolabilidade domiciliar na hipótese de flagrante delito (art. 5º, XI). A própria liberdade sofre restrição no flagrante delito. Um aparelho de celular receberia proteção diversa? A obviedade que resulta da resposta a essas indagações, denota que, não raras vezes, na construção argumentativa desvia-se o foco da tutela constitucional. A proteção jurídica à intimidade, à vida privada, não me parece que tenha o alcance pretendido pelos acusados.

Diante disso, reputo não haver qualquer ilicitude no procedimento da autoridade policial, visto que, **de posse do aparelho celular, tão somente procurou obter do objeto apreendido os elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e de sua autoria, sem violação à intimidade e à vida privada dos acusados**. Ademais, não houve qualquer requerimento à empresa de telefonia no sentido de disponibilizar os dados, tampouco houve interceptação telefônica.

Noutro giro, é importante destacar que mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita, e as demais ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), tenho para mim que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. Explico.

A rejeição da prova derivada assenta-se na doutrina americana dos frutos da árvore venenosa (fruits of the poisonous tree). O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, aplicou essa teoria, declarando a nulidade de todos os atos praticados no processo, desde a denúncia, inclusive (HC 74.116/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.3.1997; HC 69.912/RS, rel.

Min.Sepúlveda Pertence, DJ 25.3.1994; HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 4.8.2000).

Referida doutrina, contudo, tem sido objeto de mitigação em razão de seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos.

Daí, falar-se em existência de provas autônomas (independent source) e em descobertas inevitáveis (inevitable discovery) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita. Nesse diapasão, nem sempre a existência de prova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras constantes do processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude.

Na hipótese, entendo não haver se falar em prova ilícita por derivação. É que, nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Willimas* é certo que o curso normal das investigações conduziria ao encontro de elementos informativos que vinculariam os ora acusados ao fato investigado. Por exemplo, o só fato de ser apreendido o aparelho celular, indubitavelmente, levaria à quebra do sigilo dos dados telefônicos do corréu Willis com a consequente identificação dos demais envolvidos no delito apurado, bem como os indícios da existência dos crimes ora imputados — trâmite esse, friso, típico e de praxe em casos análogos aos dos autos.

Nesse sentido, as alterações recentes promovidas pela Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, o qual dispõe em seu § 2º considerar-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Deste modo, considerando que os registros encontrados no aparelho não se confundem com o sigilo de comunicação telefônica e que estava ao alcance de busca legitimamente realizada, diante das circunstâncias do flagrante delito, sem violação à intimidade e privacidade, fica superada a objeção deduzida.

Interposto recurso de apelação, visando o reconhecimento da nulidade, foi improvido pelos seguintes fundamentos (fls. 30-31):

Também não prospera a alegação de ilicitude da prova por violação ao sigilo das comunicações telefônicas.

Como anotou o julgador singular, a consulta a registros gravados no aparelho celular apreendido em poder do recorrente WILLIS, quando da prisão em flagrante, não denota irregularidade, sem possibilidade de se confundir a diligência com quebra de comunicações de dados, cuja violação colidiria com preceitos constitucionais.

No caso, **houve apenas consulta a dados existentes no aparelho, cuja posse era legítima**, tal como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, litteris: “CRIMINAL. HC. (...) ILEGALIDADE DE PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. (...) O fato de ter sido verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos dois celulares apreendidos em poder do corréu, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, não configura quebra do sigilo telefônico, pois não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas, no tocante à lista geral das chamadas originadas e recebidas, tampouco conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio destas linhas. É dever da autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada.(...) Ordem denegada” (HC 66.368/PA, Relator Ministro GILSON DIPP, grifei).

Julgado desta Colenda Nona Câmara de Direito Criminal voga nas mesmas águas, salientando-se que “... não há nulidade pela visualização de conversas de WhatsApp e fotografias gravadas no celular do apelante, apreendido no momento da prisão em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante, posteriormente registradas no laudo de fls. 236/268, pois a garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas refere-se à vedação de escutas clandestinas. No caso em análise, não houve acesso a conversas telefônicas, mas simples verificação dos registros gravados no próprio aparelho” (TJESP, Apelação nº. 0003493-23.2016.8.26.0196, Relator Desembargador AMARO THOMÉ, julgado 30-11-2017).

Nesta esteira e nos termos do artigo 6º, inciso II, do Código de Processo Penal, deve a autoridade apreender os objetos relacionados ao crime, dispensada autorização judicial.

Constata-se, ainda do dispositivo legal aludido, que **os aparelhos em foco podem ser objeto de exame pericial, sem representar ilicitude a análise levada a efeito pela autoridade policial, visando a busca da verdade.**

A Constituição Federal prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial. Confirmam-se:

Art. 5º.

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

No caso das comunicações telefônicas, a Lei n. 9.294/96 regulamentou o tema:

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Além disso, a Lei n. 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve:

Art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

[...]

V - à inviolabilidade e ao sigredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;

Ademais, a Lei n. 12.965/14, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil, prevê que:

Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

armazenadas, salvo por ordem judicial;

Dessa forma, no caso corrente, houve acesso aos dados do aparelho celular dorecorrente sem a prévia autorização judicial, violando-se sua intimidade.

Embora possível o acesso, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada. A propósito do tema:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ACESSO DE DADOS DE APLICATIVO CELULAR WHATSAPP. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. Recurso especial provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial e, bem assim, das provas consequentes, a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes, estendido seus efeitos aos demais corréus, ficando prejudicadas as demais questões arguidas no recurso. (REsp 1701504/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 20/03/2018).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACESSO A DADOS DE APLICATIVO CELULAR 'WHATSAPP' SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE. NULIDADE DA PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS.

1. A extração de dados de aparelho celular sem autorização judicial viola o artigo 157 do Código de Processo Penal, devendo a prova ser desentranhada dos autos se da hipótese não se depreende qualquer fundamento que possa justificar a urgência, em caráter excepcional, do acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular.

2. O prévio trabalho investigativo das autoridades policiais, que culminou com a identificação do fato e de seus autores, bem assim como o indiciamento do recorrente, não resta contaminado pelo posterior acesso não autorizado aos dados do aparelho celular, bastando o desentranhamento dos autos dos documentos extraídos do aparelho celular e a supressão do parágrafo final dos depoimentos policiais, que fizeram referência ao conteúdo das conversas via whatsapp.

3. Recurso parcialmente provido. (RHC 76.324/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017).

Na conversas mantidas pelo programa whatsapp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se a efetiva interceptação não autorizada de comunicações.

É situação similar às conversas mantidas por e-mail, cuja acesso demanda prévia ordem judicial. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO REVELAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. MEDIDAS CAUTELARES DETERMINADAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AFASTAMENTO DE SIGILO DE CORREIO ELETRÔNICO. DURAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. PRAZO: DE 2004 A 2014. FUNDAMENTAÇÃO PARA A QUEBRA DO SIGILO DO E-MAIL NO PERÍODO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

1. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência.
2. In casu, a constrição da comunicação eletrônica abrangeu um longo período, superior a dez anos, de 2004 a 2014, sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade, devendo-se, assim, prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública.
3. Lastreadas as decisões de origem em argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar azo ao procedimento tão drástico executado nos endereços eletrônicos do acusado, de se notar certo açodamento por parte dos responsáveis pela perseguição penal.
4. Ordem concedida, com a extensão aos co-investigados em situação análoga, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).

Desse modo, ilícita é tanto a devassa de dados como das conversas de whatsapp, obtidas de celular apreendido, porquanto realizadas sem ordem judicial.

Relativamente à apontada nulidade pelo ingresso em domicílio sem mandado, consta do acórdão impugnado (fls. 28-30)

Na hipótese, a entrada dos policiais civis na residência palco dos fatos foi impulsionada por informação dando conta da traficância levada a efeito no local, não se verificando situação capaz de indicar irregularidade.

A operação, no caso, estava acobertada pelo flagrante delito representado pelo tráfico de drogas, conduta no caso permanente (os apelantes mantinham a maconha em depósito, conduta que se protraí no tempo) a permitir a pronta ação da Polícia, independentemente do consentimento do morador ou de mandado, consoante artigos 5º, XI, da Constituição Federal e 150, § 3º, II, do Código Penal.

Como já decidiu a Suprema Corte, “[...] Não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima (...)” (STF, HC 90.178, Relator Ministro CEZAR PELUSO).

“Tratando-se de crime permanente, não há se falar em ilegalidade da prisão em flagrante por violação de domicílio, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, autoriza a entrada da autoridade policial, seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial. [...] Conquanto não preste como fundamento exclusivo à instauração de inquérito policial, tampouco - e por razões mais fortes - ao início de 'persecutio criminis', a denúncia anônima é elemento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hábil para a apuração preliminar de fatos apontados como criminosos, a serem confirmados posteriormente por outros meios de prova” (STJ, 5ª T., HC 273141/SC, Relatora Ministra LAURITA VAZ).

“Por força da ressalva inserida no art. 5º, XI, da Constituição Federal, o ingresso em residência encontra-se expressamente autorizado, em qualquer dia e horário e independentemente de autorização judicial, quando, em seu interior, encontra-se o denominado estado de flagrância, como na hipótese do crime de tráfico de entorpecentes, sob a modalidade 'ter em depósito' ou 'guardar', o qual, sendo crime permanente, admite a prisão em flagrante em qualquer momento” (RT 764/609), havendo inúmeros julgados a respeito (RSTJ, 166/548; RT, 508/435, 549/314, 737/675, 739/607, 764/609, 797/577, 804/607 e 807/597; JTJ-SP, 141/394-439).

Moderno precedente do Superior Tribunal de Justiça corrobora a lógica e racional percepção, assinalando-se que, “Na hipótese, o depoimento prestado pelos policiais militares revela que a residência do paciente era conhecida como ponto de venda de drogas e que, após a abordagem de um usuário, este teria indicado a casa onde havia adquirido o entorpecente, descrevendo o paciente como a pessoa que havia lhe vendido o entorpecente, sendo que as informações sobre a traficância no local haviam se intensificado um mês antes da apreensão, tendo inclusive um vizinho, em outras ocasiões anteriores, informado à Polícia Militar acerca do tráfico realizado na casa do ora paciente. 3. Não se vislumbra, portanto, a existência de nenhuma violação ao disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, tendo em vista a devida configuração, na hipótese, de fundadas razões, extraídas a partir de elementos concretos e objetivos, a permitir a exceção à regra da inviolabilidade de domicílio prevista no referido dispositivo constitucional” (STJ, HC 407922/RS, Relator Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 15-6-2018 grifou-se).

Vale destacar que flagrante delito (infração penal que está sendo ou acabou de ser cometida) não se confunde com prisão (detenção do agente surpreendido em situação de flagrância), daí porque irrelevante a presença dos acusados no local para se levar o marginal ao cárcere, tendo em vista as modalidades manter em depósito ou guardar, ainda mais quanto à associação espúria, verificada até o momento da segregação (ou, muitas vezes, até mesmo depois da prisão).

Ao contrário do sustentado pela Defesa de WILLIS e IARA, o tráfico já havia se consumado com a posse da droga pelos agentes, isso antes mesmo da ação policial, porquanto, repita-se, cuida-se de crime permanente.

É pacífico nesta Corte o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, está-se diante de situação de flagrante delito.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de flagrante delito.

Assim, asseverou a Suprema Corte "que a flagrância posterior, sem demonstração de justa causa, não legitima o ingresso dos agentes do Estado em domicílio sem autorização judicial e fora das hipóteses constitucionalmente previstas (art. 5º, XI, da CF)" (RHC 89.853/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020).

No presente caso, registrou o acórdão "A operação, no caso, estava acobertada pelo flagrante delito representado pelo tráfico de drogas, conduta no caso permanente (os apelantes mantinham a maconha em depósito, conduta que se protraí no tempo) a permitir a pronta ação da Polícia, independentemente do consentimento do morador ou de mandado" (fl. 28).

No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA POR TRÁFICO DE DROGAS. 2 KG E 23 G DE COCAÍNA, APARELHOS E INSTRUMENTOS DESTINADOS À PREPARAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DE DROGAS, QUAIS SEJAM, UM VASILHAME CONTENDO VASELINA LÍQUIDA, UM VASILHAME CONTENDO GLICERINA BIDEUTILADA USP, 1 KG DE PEDRA HUME EM PÓ, UMA PENEIRA, DUAS COLHERES, UMA COLHER DO TIPO CONCHA, UMA FACA, DOIS ROLOS DE SACOS PLÁSTICOS, SEIS TUBOS DOSADORES, UM POTE DE COR AZUL CONTENDO PÓ BRANCO, PESANDO CERCA DE 700 G, UMA SACOLA CONTENDO PÓ BRANCO, PESANDO 160 G, UMA PRENSA HIDRÁULICA COM CAPACIDADE DE 10 T, UMA PRENSA HIDRÁULICA COM CAPACIDADE DE 30 T, TRÊS BALANÇAS DE PRECISÃO E UM POTE COM RESQUÍCIOS DO QUE ERA UTILIZADO PARA PREPARAR A SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE COCAÍNA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE POR AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO NAS RESIDÊNCIAS. PERSEGUIÇÃO DE INDIVÍDUO QUE EMPREENDEU FUGA. ILEGALIDADE.

1. O ingresso da autoridade policial no domicílio para a realização de busca e apreensão sem mandado judicial se mostrou ilegal, pois não havia a presença de elementos seguros que evidenciassem qualquer prática ilícita, mas, sim, apenas o fato de o paciente empreender fuga.
2. Ordem concedida para reconhecer a ilicitude das buscas realizadas na segunda e terceira residências, bem como de todas as provas decorrentes; anular os atos praticados posteriormente, inclusive a prisão em flagrante; e, por fim, determinar o desentranhamento das provas ilícitas dos autos (HC 525.266/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 01/10/2019).

Ausente, assim, justa causa para o ingresso domiciliar, sem consentimento do morador nem autorização judicial, ainda que obtido êxito na apreensão de droga.

Ante o exposto, voto por conceder o *habeas corpus* para declarar a nulidade das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provas obtidas por meio do ingresso domiciliar sem mandado, bem como do acesso ao celular do paciente, sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0260299-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 617.232 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002104420168260599 2104420168260599

EM MESA

JULGADO: 23/02/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DIEGO LOCATELI DE MELLO FERREIRA
ADVOGADO	: DIEGO LOCATELI DE MELO FERREIRA - SP297141
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CELIO VICENTE DA COSTA (PRESO)
CORRÉU	: WILLIS DEIVISON FERREIRA
CORRÉU	: VALDECIR APARECIDO PEREIRA DOS SANTOS
CORRÉU	: IARA ALVES DOS SANTOS
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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 o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.