

**AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 168.319 - SP
(2022/0227210-7)**

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ

R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

AGRAVANTE : R DO P Z

**ADVOGADOS : RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO -
SP130856**

RAFAEL ARAGOS - SP299719

MATHEUS DA SILVA SANCHES - SP389995

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO, LAVAGEM DE DINHEIRO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EM PERÍODO NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 22, III, DA LEI N. 13.869/2019. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DOS CONCEITOS DE DIA E DE NOITE. ILICITUDE DAS PROVAS COLHIDAS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. De acordo com o disposto no art. 5º, XI, da Constituição, “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”. O art. 245, caput, do CPP, no mesmo sentido, estabelece que “As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta”.

2. A interpretação desses dispositivos sempre gerou intensa celeuma no que concerne à definição dos conceitos de “dia” e de “noite” para fins de cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar (critérios cronológico, físico-astronômico e misto).

3. O advento do art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019 deu origem a uma nova corrente, no sentido de que, ao tipificar como crime de abuso de autoridade o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar entre 21h e 5h, o legislador haveria implicitamente regulamentado o art. 5º, XI, da Constituição e o art. 245 do CPP, para definir como “dia” o período entre 5h e 21h.

4. Todavia, o art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019 não definiu os

conceitos de “dia” e de “noite” para fins de cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar. O que ocorreu foi apenas a criminalização de uma conduta que representa violação tão significativa da proteção constitucional do domicílio a ponto de justificar a incidência excepcional do direito penal contra aqueles que a praticarem. É dizer, o fato de que o cumprimento de mandado de busca domiciliar entre 21h e 5h foi criminalizado não significa que a realização da diligência em qualquer outro horário seja plenamente lícita e válida para todos os fins.

5. A própria Lei de Abuso de Autoridade é repleta de exemplos que corroboram essa assertiva. Basta pensar no art. 9º, que tipifica a conduta de “Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”. Extraí-se do dispositivo que, se a desconformidade for manifesta, pode haver crime, mas, mesmo se não o for, continua ilegal e passível de relaxamento a decisão que decreta medida de privação de liberdade em desconformidade com as hipóteses legais. Situação similar ocorre no art. 10, o qual dispõe que é crime “Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida [...]”.

6. Assim, mesmo que realizada a diligência depois das 5h e antes das 21h, continua sendo ilegal e sujeito à sanção de nulidade cumprir mandado de busca e apreensão domiciliar se for noite, embora não configure o crime de abuso de autoridade previsto no art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019.

7. Vale mencionar, ainda, a reforçar essa interpretação, recente e importante decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Valencia Campos y otros v. Bolívia, julgado em 18 de outubro de 2022, em que o tema da temeridade do ingresso domiciliar em período noturno foi abordado com especial destaque. Em voto concorrente para a condenação do Estado boliviano por violação da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Juiz Rodrigo Mudrovitsch e a Juíza Nancy Hernández López pontuaram que, “as invasões policiais noturnas se afiguram incompatíveis com a Convenção e com os standards desta Corte, sendo admissíveis tão somente em situações absolutamente excepcionais e, acima de tudo, previstas de forma clara e taxativa na Constituição ou na Lei, e requerendo motivação reforçada que justifique as razões pelas quais não se pode realizar a diligência no horário diurno. Em outras palavras, não podem ser encaradas pelos Estados como procedimentos corriqueiros da atividade de persecução penal, à livre disposição dos operadores da justiça, e sim como instrumentos que configuram uma das mais graves intervenções na esfera de direitos dos indivíduos. Por essa razão, as invasões noturnas só são justificáveis

mediante a mais rigorosa observância cumulativa dos ditames da legalidade e da proporcionalidade em todas as suas dimensões”.

8. No caso dos autos, as instâncias ordinárias rechaçaram a pretensão defensiva com base, essencialmente, em três argumentos: a) houve consentimento do acusado para que a busca se realizasse naquele horário; b) o boletim de ocorrência, que teria fé pública, atesta que a busca se iniciou às 6h; c) depois da entrada em vigor do art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019, passou a ser válido o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar entre 5h e 21h.

9. No que concerne ao primeiro fundamento, embora o Juízo singular haja mencionado que, segundo os policiais, o réu não ofereceu resistência e franqueou a entrada no domicílio, não há nenhuma prova do referido consentimento. Pelo contrário, o acusado refutou veementemente essa alegação, e os elementos dos autos demonstram que, na verdade, ele só teve contato com os policiais quando eles já haviam entrado no imóvel pelo portão da garagem e estavam na porta da sala de estar da residência, em grande número e fortemente armados. Constata-se, ainda, que a esposa do acusado colocou as mãos para cima quando os policiais entraram na sala, a reforçar que estava acuada e não tinha a menor condição de impedir um ingresso que já havia ocorrido, sobretudo diante da apresentação de uma ordem judicial de busca, a qual inviabilizava qualquer resquício de possibilidade concreta de oposição.

10. Da mesma forma, não se sustenta o argumento de que a busca se iniciou às 6h, por ser esse o horário constante no boletim de ocorrência, uma vez que tal informação é desmentida pelo horário indicado nas câmeras de segurança da residência e pelo laudo técnico sobre as referidas imagens, que apontam ter o ingresso no imóvel ocorrido por volta de 5h30. Ademais, ainda estava totalmente escuro no local àquela hora, tanto que os policiais tiveram que usar lanternas para realizar a diligência, de modo que nem pelo critério físico-astronômico, nem pelo critério cronológico a medida pode ser considerada válida.

11. Por fim, quanto ao último fundamento, conforme assentado nos itens anteriores, o art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019 não torna válido o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar em qualquer horário situado entre 5h e 21h. No caso, aliás, nenhum motivo havia para que não se aguardasse para iniciar o cumprimento da diligência.

12. Isso não acarreta necessariamente, porém, como pretende a defesa, a anulação da decisão de recebimento da denúncia, uma vez que, ao menos do que é possível aferir nos limites da cognição do recurso em habeas corpus, a inicial acusatória não foi oferecida com base apenas nas provas colhidas na busca e apreensão realizada na casa do

recorrente, o que deverá ser analisado em maior profundidade pelo Juízo singular depois de descartar as provas aqui reconhecidas como ilícitas.

13. Agravo regimental parcialmente provido para reconhecer a nulidade das provas colhidas com base na busca e apreensão efetuada na residência do acusado, bem como de todas as provas delas derivadas, as quais deverão ser desentranhadas dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz dando provimento ao agravo regimental e concedendo parcialmente a ordem, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), por maioria, dar provimento ao agravo regimental e conceder em parte a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT). Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 05 de dezembro de 2023

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 168319 - SP (2022/0227210-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : R DO P Z
ADVOGADOS : RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO - SP130856
RAFAEL ARAGOS - SP299719
MATHEUS DA SILVA SANCHES - SP389995
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE CAPITAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO COM A PROLAÇÃO DE DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE DE A PARTE IMPETRANTE SUSTENTAR ORALMENTE SUAS RAZÕES NO CASO DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. INGRESSO EM DOMICÍLIO. DILIGÊNCIA REALIZADA EM CUMPRIMENTO A MANDADO JUDICIAL. BUSCA E APREENSÃO CUMPRIDA APÓS AS 5H (CINCO HORAS). VALIDADE. ART. 22, INCISO III, DA LEI N. 13.869/2019 (LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE). RECURSO DESPROVIDO.

1. Conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, não há óbice a "*que seja proferida decisão monocrática por Relator, sem qualquer afronta ao princípio da colegialidade ou cerceamento de defesa, quando todas as questões são amplamente debatidas, havendo jurisprudência dominante sobre o tema, ainda que haja pedido de sustentação oral*" (STJ, AgRg no HC 647.128/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021).

2. Devido à prolação de decisão monocrática, não há prejuízo em não ter sido conferida oportunidade à Parte Impetrante de sustentar oralmente suas razões, pois "*com a publicação da Lei n. 14.365/2022, que entrou em vigor na data da sua publicação, em 2/6/2022, passou a se admitir a sustentação oral inclusive em agravo regimental, em observância ao disposto no art. 7º, § 2º-B, do referido diploma*" (STJ, AgRg no HC 791.187/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 27/2/2023). Assim, não há vedação a que, no caso de interposição de agravo regimental, a Defesa sustente suas razões oralmente.

3. Conforme o art. 5.º, inciso XI, da Constituição da República, "*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*" (sem grifos no original). Por isso, é desinfluyente analisar se houve ou não consentimento para o ingresso dos policiais no domicílio se a diligência foi amparada em mandado de busca e apreensão.

4. O art. 22, inciso III, da Lei n. 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), tipifica como crime de abuso de autoridade as buscas e apreensões domiciliares decorrentes de mandados cumpridos após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas). Atualmente, está sob análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.804/2021, proposto

pelo Deputado Rubens Pereira Junior, com a finalidade de que o referido dispositivo seja alterado para que – segundo a justificação do PL – "*mandados de busca e apreensão só possam ser executados entre 6h e 20h*". O Autor explicitou ainda que, hoje, "*a norma em comento permite que agentes públicos cumpram mandados de busca e apreensão entre as 5h e 21h*".

5. "*O termo 'dia', presente no art. 5º, XI, da Constituição da República, nunca foi objeto de consenso na doutrina. Há quem trabalhe com o critério físico (entre a aurora e o crepúsculo), outros que prefiram o critério cronológico (entre 6 e 18 h) e há também quem trabalhe com um critério misto (entre 6 e 18 h, desde que haja luminosidade). Atualmente, a Lei n. 13.869/2019 (Abuso de Autoridade) estipula a possibilidade de cumprimento dos mandados judiciais durante o período entre as 5h e 21h*" (STJ, AgRg no RHC n. 166.418/MG, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 15/9/2022).

6. Por todos esses fundamentos, salvo superveniente declaração de inconstitucionalidade do art. 22, inciso III, da Lei n. 13.869/2019, na via processual adequada, ou até que eventualmente o referido dispositivo seja alterado pelo Legislador ordinário, são válidas as diligências concretizadas a partir das 5h (cinco horas) e antes das 21h (vinte e uma horas).

7. Agravo desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por R. DO P. Z. contra decisão monocrática de minha lavra, assim ementada (fl. 315):

"RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE CAPITAIS. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO NÃO EVIDENCIADO. DILIGÊNCIA REALIZADA EM CUMPRIMENTO A MANDADO JUDICIAL. BUSCA E APREENSÃO CONCRETIZADA APÓS ÀS 5H (CINCO HORAS). VALIDADE. ART. 22, INCISO III, DA LEI N. 13.869/2019. FUNDAMENTOS DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA EM PARTE ACOLHIDOS. RECURSO DESPROVIDO."

Consta nos autos que o Recorrente, em 21/07/2020, foi denunciado "*como incurso nos artigos 171, caput, na forma do artigo 71 e 288, caput, todos do Código Penal e artigo 1º, §1, inc. I, da Lei n.º 9.613/1998, todos na forma do artigo 69 do Código Penal*" (fls. 74-75).

A Defesa, na inicial deste feito (tombado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo como HC n. 2011655-66.2022.8.26.0000), requereu fosse decretada "*a nulidade da denúncia oferecida, bem como para cassar a decisão que recebeu a Denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo nos autos da ação penal nº 1500317-85.2020.8.26.0627, diante do reconhecimento da nulidade de busca domiciliar realizada em período noturno*" (fl. 25). A ordem de *habeas corpus* foi denegada no ato ora recorrido, que foi assim ementado (fl. 187):

"Habeas Corpus. Estelionatos, associação criminosa e lavagem de capitais. Trancamento da ação penal. Alegação de que a exordial acusatória se apoia em provas ilícitas, colhidas durante diligência de busca e apreensão realizada no período noturno. Inocorrência. Paciente que franqueou a entrada dos agentes policiais na residência, sendo, por isso, irrelevante o horário do cumprimento do mandado. Ademais, o ato teve início depois das 05h da manhã, ou seja, em horário em que é legalmente permitida a diligência. Com o advento da Lei nº 13.869/2019, estancou-se a celeuma acerca dos conceitos de 'dia' e 'noite' para a realização de

busca domiciliar, estabelecendo-se como lícito o interregno entre as 05h e 21h (art. 22, § 1º, III). Critério que melhor homenageia os primados da segurança jurídica e da legalidade. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Lei que é fonte primária do Direito e, por isso, afasta os critérios jurisprudenciais e doutrinários anteriores ao novel diploma, pois decorrentes de fonte mediata. Ausência de comprovação de prejuízo concreto, sem o que não se declara qualquer nulidade. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada."

Nas razões do ordinário, o Recorrente aduziu que houve manifesta *"ilegalidade no cumprimento da diligência em questão, haja vista que os agentes policiais adentraram à residência do Recorrente em período noturno, antes do alvorecer e sem qualquer consentimento de sua parte"* (fl. 208; sem grifos no original). Detalha *"que a entrada dos oficiais na residência do Recorrente se deu por volta das 05 (cinco) horas e 30 (trinta) minutos"* (fl. 212).

Ao final, requereu (fl. 233):

"(ii) A concessão, em caráter liminar, do pedido de suspensão da ação penal nº 1500317-85.2020.8.26.0627 até o julgamento de mérito desta via impugnativa;

(iii) A reforma do V. Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a determinação da cassação da decisão que recebeu a Denúncia oferecida pelo Ministério Público nos autos da Ação Penal nº 1500317-85.2020.8.26.0627, em decorrência do reconhecimento da nulidade da busca domiciliar realizada na residência do Recorrente durante o período noturno."

O pedido liminar foi indeferido (fls. 257-260).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 265-271, assim ementado (fl. 265; sem grifos no original):

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. HORÁRIO DE INGRESSO. ART. 22, § 1º, III, DA LEI Nº 13.869/2019. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO DO MORADOR. REGISTRO EM BOLETIM DE OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO."

Neguei provimento ao recurso ordinário às fls. 315-319.

Daí o presente agravo, em que o Recorrente alega, preliminarmente, que com a prolação da decisão monocrática, *"não somente o RISTJ restou contrariado com a decisão agravada, venia concessa, bem como o direito ao recurso do Agravante, pois impediu-se a possibilidade de sustentar suas razões oralmente (pleito feito em fls. 310/311) e a oportunidade de se obter uma discussão acerca da sua pretensão inerente ao julgamento colegiado"* (fl. 325) e que, no mérito, *"relegou-se ao oblívio que, aqui sim, está pacificado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual o cumprimento do mandado de prisão/busca e apreensão poderia ocorrer apenas durante o dia, no período compreendido entre 06h -18h"* (fl. 327; sic).

Ao final, *"requer-se o provimento do presente Agravo para se determinar o regular processamento do Recurso Ordinário Constitucional perante a Egrégia Turma Julgadora, assegurando, inclusive, o direito de realização de sustentação oral, de acordo com o que*

estabelece o artigo 160 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça" (fl. 332).

É o relatório. Decido.

VOTO

Preliminarmente, vale destacar a possibilidade de *"que seja proferida decisão monocrática por Relator, sem qualquer afronta ao princípio da colegialidade ou cerceamento de defesa, quando todas as questões são amplamente debatidas, havendo jurisprudência dominante sobre o tema, ainda que haja pedido de sustentação oral"* (STJ, AgRg no HC 647.128/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021). Portanto, não há nulidade a ser reconhecida, em razão de a decisão monocrática ter sido calcada em precedentes desta Corte (AgRg nos EDcl no RHC n. 145.728/SP, relator Ministro JESUÍNO RISSATO – Desembargador Convocado do TJDF –, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 22/9/2021; RHC n. 122.066/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe de 17/3/2020; e AgRg no RHC n. 166.418/MG, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 15/9/2022).

Outrossim, devido à prolação de decisão monocrática, não há prejuízo em não ter sido conferida oportunidade à Parte Impetrante de sustentar oralmente suas razões, pois *"com a publicação da Lei n. 14.365/2022, que entrou em vigor na data da sua publicação, em 2/6/2022, passou a se admitir a sustentação oral inclusive em agravo regimental, em observância ao disposto no art. 7º, § 2º-B, do referido diploma"* (STJ, AgRg no HC 791.187/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 27/2/2023). Assim, não há vedação a que, no caso de interposição de agravo regimental, a Defesa sustente suas razões oralmente.

No mérito, a pretensão recursal não tem fundamento.

Conforme o art. 5.º, inciso XI, da Constituição da República, *"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"* (sem grifos no original.)

A propósito, no acórdão proferido pela Corte local, consignou-se o que se segue (fl. 191; sem grifos no original):

*"Assim, a Autoridade Policial e seus agentes, **munidos do competente mandado de busca e apreensão, dirigiram-se ao endereço do paciente para dar cumprimento à diligência no dia 13/07/2020, e lá foram recebidos pelo próprio acusado [R.], que franqueou a entrada dos agentes na residência [...]."***

Com efeito, reitero que no caso é absolutamente desinfluyente para a solução da controvérsia analisar se houve ou não consentimento para o ingresso dos policiais no domicílio do Recorrente, porquanto **a diligência foi amparada em mandado de busca e apreensão.**

Nesse sentido, destaco precedentes desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE APRECIÇÃO DE NULIDADE QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA IN CASU. MERO CUMPRIMENTO DE MANDADO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. TESE DA SUPOSTA NULIDADE SEQUER EXPLICADA NA INICIAL E NO RECURSO ORDINÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. [...]. AGRAVO DESPROVIDO.

I - [...].

V - A suposta nulidade de invasão de domicílio aventada pela d. Defesa, bem verdade, se resumiu ao cumprimento de um mandado judicial de busca e apreensão (em relação ao qual nem mesmo se explicou a razão pela qual deveria ser considerado meio de prova ilegal, seja na petição inicial, às fls. 1-13, seja no recurso ordinário, às fls. 146-157).

VI - [...].

Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl no RHC n. 145.728/SP, relator Ministro JESUÍNO RISSATO – Desembargador Convocado do TJDF –, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 22/9/2021.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. [...].

1. [...].

4. Ao contrário do que alega a defesa, de que houve invasão de domicílio, observa-se, das informações prestadas, bem como do acórdão impugnado, que os policiais atuaram em cumprimento de mandado de busca e apreensão, expedido no dia 23/10/2019, pelo Juízo da 3ª Vara de Tóxicos.

5. Recurso não provido." (RHC n. 122.066/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe de 17/3/2020.)

No mais, embora o Agravante alegue que se *"relegou [...] ao oblívio que, aqui sim, está pacificado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual o cumprimento do mandado de prisão/busca e apreensão poderia ocorrer apenas durante o dia, no período compreendido entre 06h -18h"* (fl. 327; *sic*), conforme narrou-se nas razões do recurso ordinário, *"a entrada dos oficiais na residência do Recorrente se deu por volta das 05 (cinco) horas e 30 (trinta) minutos"* (fl. 212).

Ocorre que o art. 22, inciso III, da Lei n. 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), tipifica como crime de abuso de autoridade de somente as buscas e apreensões domiciliares decorrentes de mandados cumpridos após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas). Vale reproduzir, a propósito, o que no ponto destacou o Ministério Público Federal no parecer que ofereceu para instruir estes autos (fls. 266-268):

"Na análise precípua do habeas corpus, não há maiores digressões acerca da matéria, haja vista a notícia nos autos de que houve autorização do paciente para o ingresso em sua residência, bem como que, ainda que assim não fosse, a jurisprudência entende ser lícita a busca e apreensão realizada a partir das 05:00, a teor de art. 22, § 1º, inciso III, da Lei nº 13.869/2019, verbis:

'Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no *caput* deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II - (VETADO);

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

[...].'

Feitas tais considerações, não se vislumbra qualquer violação à inviolabilidade do domicílio do paciente, pois atendido o critério cronológico adotado pela Lei nº 13.869/2019."

Cito ainda o seguinte julgado, *mutatis mutandis*:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DA PROVA. BUSCA VÁLIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O termo 'dia', presente no art. 5º, XI, da Constituição da República, nunca foi objeto de consenso na doutrina. Há quem trabalhe com o critério físico (entre a aurora e o crepúsculo), outros que prefiram o critério cronológico (entre 6 e 18 h) e há também quem trabalhe com um critério misto (entre 6 e 18 h, desde que haja luminosidade). Atualmente, a Lei n. 13.869/2019 (Abuso de Autoridade) estipula a possibilidade de cumprimento dos mandados judiciais durante o período entre as 5h e 21h.

2. Na hipótese, não se verifica a ilicitude da prova recolhida no domicílio do acusado, pois o registro da ocorrência policial indica o cumprimento do mandado de busca às 18:20 h, e, como posto no acórdão impugnado, 'o horário constante no Boletim de Ocorrência trata-se de período aproximado, como sabemos, na prática a confecção deste documento ocorre à posteriori dos fatos.' Ademais, o Tribunal de origem ressaltou a existência de justa causa para adoção da busca domiciliar e a legitimidade de atuação dos policiais militares, o que dispensaria a apresentação do mandado, uma vez que o réu era acompanhado há semanas, tendo sido constatado frequente entrada e saída de pessoas em sua residência, em movimentação típica de traficância, o que justificou a representação policial pela medida cautelar.

3. Recurso desprovido." (AgRg no RHC n. 166.418/MG, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 15/9/2022; sem grifos no original.)

Vale referir, no mais, que atualmente está sob análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.804/2021, proposto pelo Deputado Rubens Pereira Junior, com a finalidade de que o art. 22, inciso III, da Lei n. 13.869/2019 seja alterado para que "*mandados de busca e apreensão só possam ser executados entre 6h e 20h*". A propósito, na justificação do referido PL, seu autor consignou o que se segue (https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2055831, acessado em 08/09/2023; sem grifos no original)

"JUSTIFICAÇÃO

Sabe-se que a inviolabilidade de domicílio é um direito fundamental insculpido na Constituição Cidadã e, enquanto tal, figura no núcleo materialmente irreduzível do ordenamento constitucional pátrio, o que logo demonstra seu valor e a necessidade de sua guarida.

A inviolabilidade domiciliar guarda pertinência com a vida privada e a intimidade, já que é no ambiente privado que o sujeito exerce em maior plenitude os seus direitos. Deste modo, mitigar a proteção que a Constituição Federal garantiu ao lar é insurgir contra o próprio exercício do direito à intimidade e vida privada.

Neste interim, o Constituinte Originário deixou ao Poder Reformador o dever de regulamentar as situações autorizadoras, em caráter excepcionalíssimo, que justificam a violação do domicílio privado, em especial no que tange ao conceito de dia, lapso temporal em que as determinações judiciais podem ser cumpridas.

Deste modo, consideramos que a flexibilização deste conceito trazida no inciso III do §1º do artigo 22 da Lei 13.869/2019 é deveras incompatível com a Carta Constitucional, já que a norma em comento permite que agentes públicos cumpram mandados de busca e apreensão entre as 5h e 21h.

Em outras palavras, a Lei em comento amplia em muito a flexibilização ao texto constitucional, possibilitando que buscas e apreensões sejam cumpridas durante dois terços do dia, ou seja, por dezesseis horas. Parece-nos extremamente incompatível com a essência do texto constitucional, que somente autorizou EXCEPCIONALMENTE a inviolabilidade do lar. Neste caso, a atual redação legal estabelece incompatível ampliação da flexibilização do direito à inviolabilidade domiciliar ao dispor que durante (somente) 8 horas diárias o lar não possa ser importunado.

Por isso, entendemos que é mais adequado que o cumprimento de mandados de busca e apreensão só possam ser executados entre 6h e 20h, já que muito mais compatível com a proteção ao lar estabelecido pela norma constitucional. Assim, mandados cumpridos fora desse horário incorreriam no tipo penal já previsto na supramencionada Lei.

Assim, por entendermos ser a presente proposição deveras relevante e significativa é que submetemos a mesma a íncita apreciação de Vossas Excelências e pugnamos por seu reconhecimento e consequente aprovação."

Por todos esses fundamentos, salvo superveniente declaração de inconstitucionalidade do art. 22, inciso III, da Lei n. 13.869/2019, na via processual adequada, ou até que eventualmente o referido dispositivo seja alterado pelo Legislador ordinário, são válidas as diligências concretizadas a partir das 5h (cinco horas) e antes das 21h (vinte e uma horas).

Assim, por não terem sido declinados, nas razões recursais, fundamentos jurídicos que infirmem os motivos da decisão ora agravada, deve esse ato ser integralmente mantido.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2022/0227210-7

PROCESSO ELETRÔNICO**AgRg no
RHC 168.319 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**Números Origem: 12652020 1265202015003178520208260627 15003178520208260627
20116556620228260000

PAUTA: 28/08/2023

**JULGADO: 19/09/2023
SEGREDO DE JUSTIÇA****Relatora**Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : R DO P Z
ADVOGADOS : RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO - SP130856
RAFAEL ARAGOS - SP299719
MATHEUS DA SILVA SANCHES - SP389995
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : W D M
CORRÉU : J C P
CORRÉU : J C N
CORRÉU : L C M
CORRÉU : L P DA S
CORRÉU : A F M
CORRÉU : E M
CORRÉU : E C DE C
CORRÉU : W J N DA S
CORRÉU : A N
CORRÉU : L C DOS S
CORRÉU : N DOS S

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : R DO P Z
ADVOGADOS : RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO - SP130856
RAFAEL ARAGOS - SP299719
MATHEUS DA SILVA SANCHES - SP389995
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

Após o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz negando provimento ao agravo regimental, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Aguardam os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF).

 2022/0227210-7 - RHC 168319 Petição : 2023/0059664-1 (AgRg)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 168319 - SP (2022/0227210-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : R DO P Z
ADVOGADOS : RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO - SP130856
RAFAEL ARAGOS - SP299719
MATHEUS DA SILVA SANCHES - SP389995
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Razões do recurso

R. DO P. Z. alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no HC n. 2011655-66.2022.8.26.0000.

Consta dos autos que o recorrente foi investigado no bojo da Operação Argentarii e denunciado pela prática, em tese, dos crimes previstos nos “artigos 171, *caput*, na forma do artigo 71 e 288, *caput*, todos do Código Penal e artigo 1º, §1, inc. I, da Lei n.º. 9.613/1998, todos na forma do artigo 69 do Código Penal” (fls. 74-75).

A defesa aduz, em síntese, a existência de ilegalidade no cumprimento do mandado de busca e apreensão, “haja vista que os agentes policiais adentraram à residência do Recorrente em período noturno, ANTES DO ALVORECER E SEM QUALQUER CONSENTIMENTO DE SUA PARTE” (fl. 208).

Argumenta que, conforme demonstram as câmeras de segurança do

imóvel, os policiais “ARROMBAM a porta da garagem às 05 (cinco) horas e 25 (vinte e cinco) minutos – o que demonstra a total ausência de consentimento por parte do Recorrente – e já se encontram no interior do imóvel” (fl. 213).

Afirma que “tanto o juízo *a quo* (09ª Câmara Criminal do TJSP) quanto este colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) já entenderam por diversas vezes que furtos praticados entre 05 (cinco) e 06 (seis) horas da manhã e/ou antes do nascimento do sol fazem jus à tal causa de aumento de pena, apontando se tratar de conduta praticada durante repouso noturno, entendimento que se aplica aqui por analogia, à toda evidência, eis que não se pode negar que estas mesmas condições caracterizariam “período noturno” para fins de inviolabilidade domiciliar e, consequentemente, sobre a validade ou não de atos policiais” (fl. 214).

Assere que “o horário do nascimento do sol no dia da deflagração da operação na cidade de Tupi Paulista/SP (local da diligência) se deu cerca de 90 (noventa) minutos após a efetivação da diligência”, às 7h04min da manhã (fl. 216).

Sustenta que “ainda que exista divergência na jurisprudência sobre o conceito legal de dia – quanto ao horário ou presença de iluminação solar –, tem-se que qualquer um dos critérios que sejam utilizados neste caso conduzem à mesma consequência: a nulidade do ato, haja vista que sua ocorrência se deu por volta das 05 (cinco) horas e 30 (trinta) minutos – ANTES DAS 06 (SEIS) HORAS DA MANHÃ – e SEM A LUZ DO DIA” (fl. 217).

De acordo com o recorrente, o disposto no art. 22, III, da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019), ao estabelecer que configura crime o cumprimento de mandado de busca e apreensão entre 21h e 5h, não permitiu que tal diligência fosse realizada em período noturno, apenas criminalizou a sua ocorrência em determinados horários. “Ou seja, o fato de o mandado ter sido cumprido por volta das 05 (cinco) horas e 30 (trinta) minutos e antes do amanhecer acarreta a nulidade de sua execução, mas não configura crime de abuso de autoridade (que só ocorreria se ação policial ocorresse antes das 05 (cinco) horas” (fl. 226).

Para a defesa “ao contrário do que alegou o V. Acórdão (fls. 195/196), se o Legislador estabeleceu como crime o cumprimento de mandados de busca domiciliar, sem autorização do morador, entre às 21h e 05h, NÃO é porque entende como lícita a diligência realizada no interregno oposto, entre às 05h e 21h. É porque não as considera reprováveis o suficiente a ponto de serem consideradas criminosas. Apenas isso” (fl. 227).

Nessa linha de raciocínio, assevera que “O fato de determinado comportamento não ser considerado delituoso não resultará, por si só, em sua licitude. Existem diversas condutas ilícitas (contrárias à lei) que não são criminosas” (fl. 227).

Requer, assim, “a determinação da cassação da decisão que recebeu a Denúncia oferecida pelo Ministério Público nos autos da Ação Penal nº 1500317-85.2020.8.26.0627, em decorrência do reconhecimento da nulidade da busca domiciliar realizada na residência do Recorrente durante o período noturno” (fl. 233).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 265-271).

Negado provimento ao recurso em decisão monocrática (fls. 315-319), a defesa interpôs agravo regimental (fls. 324-333).

Levado o feito a julgamento, a eminente relatora votou pelo não provimento do agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE CAPITAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO COM A PROLAÇÃO DE DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE DE A PARTE IMPETRANTE SUSTENTAR ORALMENTE SUAS RAZÕES NO CASO DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. INGRESSO EM DOMICÍLIO. DILIGÊNCIA REALIZADA EM CUMPRIMENTO A MANDADO JUDICIAL. BUSCA E APREENSÃO CUMPRIDA APÓS AS 5H (CINCO HORAS). VALIDADE. ART. 22, INCISO III, DA LEI N. 13.869/2019 (LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE). RECURSO DESPROVIDO.

1. Conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de

Justiça, não há óbice a *"que seja proferida decisão monocrática por Relator, sem qualquer afronta ao princípio da colegialidade ou cerceamento de defesa, quando todas as questões são amplamente debatidas, havendo jurisprudência dominante sobre o tema, ainda que haja pedido de sustentação oral"* (STJ, AgRg no HC 647.128/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021).

2. Devido à prolação de decisão monocrática, não há prejuízo em não ter sido conferida oportunidade à Parte Impetrante de sustentar oralmente suas razões, pois *"com a publicação da Lei n. 14.365/2022, que entrou em vigor na data da sua publicação, em 2/6/2022, passou a se admitir a sustentação oral inclusive em agravo regimental, em observância ao disposto no art. 7º, § 2º-B, do referido diploma"* (STJ, AgRg no HC 791.187/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 27/2/2023). Assim, não há vedação a que, no caso de interposição de agravo regimental, a Defesa sustente suas razões oralmente.

3. Conforme o art. 5º, inciso XI, da Constituição da República, *"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"* (sem grifos no original). Por isso, é desinfluyente analisar se houve ou não consentimento para o ingresso dos policiais no domicílio se a diligência foi amparada em mandado de busca e apreensão.

4. O art. 22, inciso III, da Lei n. 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), tipifica como crime de abuso de autoridade as buscas e apreensões domiciliares decorrentes de mandados cumpridos após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas). Atualmente, está sob análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.804/2021, proposto pelo Deputado Rubens Pereira Junior, com a finalidade de que o referido dispositivo seja alterado para que – segundo a justificação do PL – *"mandados de busca e apreensão só possam ser executados entre 6h e 20h"*. O Autor explicitou ainda que, hoje, *"a norma em comento permite que agentes públicos cumpram mandados de busca e apreensão entre as 5h e 21h"*.

5. *"O termo 'dia', presente no art. 5º, XI, da Constituição da República, nunca foi objeto de consenso na doutrina. Há quem trabalhe com o critério físico (entre a aurora e o crepúsculo), outros que prefiram o critério cronológico (entre 6 e 18 h) e há também quem trabalhe com um critério misto (entre 6 e 18 h, desde que haja luminosidade). Atualmente, a Lei n. 13.869/2019 (Abuso de Autoridade) estipula a possibilidade de cumprimento dos mandados judiciais durante o período entre as 5h e 21h"* (STJ, AgRg no RHC n. 166.418/MG, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 15/9/2022).

6. Por todos esses fundamentos, salvo superveniente declaração de inconstitucionalidade do art. 22, inciso III, da Lei n. 13.869/2019, na via processual adequada, ou até que eventualmente o referido

dispositivo seja alterado pelo Legislador ordinário, são válidas as diligências concretizadas a partir das 5h (cinco horas) e antes das 21h (vinte e uma horas).

7. Agravo desprovido.

Na ocasião, **pedi vista** dos autos para melhor análise das matérias postas em discussão.

II. Delimitação da controvérsia

A controvérsia central gira em torno de saber se, depois do advento do art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), passou a ser válido o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar no período compreendido entre 5h e 21h.

III. Horário para o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar

De acordo com o disposto no art. 5º, XI, da Constituição, “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**” (grifei).

O art. 245, *caput*, do CPP, no mesmo sentido, estabelece que “**As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite**, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta” (destaquei).

A interpretação desses dispositivos sempre gerou intensa celeuma no que concerne à definição dos conceitos de “dia” e de “noite” para fins de cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar.

Parcela da doutrina, a exemplo de José Afonso da Silva, sustentava o emprego do **critério cronológico**, para definir como dia o intervalo entre 6h e 18h, independentemente da existência de luz do sol (SILVA, José Afonso da. *Curso de*

Outros, como José Celso de Mello Filho, propunham que deveria ser adotado o **critério físico-astronômico**, segundo o qual “dia” é o período compreendido entre a aurora (nascer-do-sol) e o crepúsculo (pôr-do-sol) (MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 442), na linha do que defendia Pimenta Bueno ainda no século XIX: “Pela palavra noite deve entender-se o tempo que media entre a entrada e saída do sol” (BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857, p. 90).

Em sentido intermediário, há também a proposta de um **critério misto**, que combina os dois anteriores para potencializar a garantia constitucional, de modo que deve prevalecer o critério mais favorável à proteção domiciliar no caso concreto. Por exemplo, se às 5h40 já houver luz solar, prevalece o critério cronológico e o ingresso só é admitido às 6h; se às 6h o sol ainda não houver nascido, prevalece o critério físico-astronômico e o cumprimento do mandado só será possível quando raiar o dia.

O advento do art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019, porém, deu origem a uma **nova corrente** – ora encampada pela eminente relatora –, no sentido de que, ao tipificar como crime de abuso de autoridade o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar entre 21h e 5h, o legislador haveria implicitamente regulamentado o art. 5º, XI, da Constituição e o art. 245 do CPP, para definir como “dia” o período entre 5h e 21h.

Nessa linha, Renato Brasileiro de Lima sustenta que, “de modo a superar controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, o legislador optou por positivar o conceito de dia (05h-21h) e o de noite (21h-05h), e não o condicionou à existência de luminosidade solar” (*Manual de Processo Penal*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 797-799), posição parcialmente similar à adotada por Rogério Greco e Rogério Sanches Cunha, mas com a diferença de que tais autores só admitem o cumprimento do mandado entre 5h e 21h se também houver luz solar (

Abuso de Autoridade: Lei nº 13.869/2019 comentada artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 202).

Peço vênia, entretanto, para divergir dessa compreensão, pelos fundamentos que passo a expor.

De início, saliento que não pretendo aqui questionar a constitucionalidade do art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019, mas, tão somente, interpretar o seu significado da forma que me parece mais adequada e consentânea com toda a normativa, legal e jurisprudencial, que circunda a matéria.

Dito isso, não me parece que o referido dispositivo haja propriamente definido os conceitos de “dia” e de “noite” para fins de cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar.

Em meu sentir, o que ocorreu foi apenas a criminalização de uma conduta que representa violação tão significativa da proteção constitucional do domicílio a ponto de justificar a incidência excepcional do direito penal contra aqueles que a praticarem.

É necessário lembrar, a propósito, que, sob a égide do princípio da **intervenção mínima**, a **ação penal tem natureza sempre subsidiária** e o direito penal é “a **última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas**, é dizer que somente pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema”, razão pela qual “se denomina a pena como a ‘*ultima ratio*’ da política social’ e se define a sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – parte general. Madrid: Civitas, 1997, p. 65-66, traduzi e grifei).

Para Roxin, a intervenção mínima decorre do **princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição do excesso**, o qual é violado se “o Estado lança mão da afiada espada do Direito penal quando outras medidas de política social possam proteger igualmente ou até com mais eficácia um determinado bem jurídico” (*op. cit.*, p. 65-66).

É dizer, o fato de que o cumprimento de mandado de busca domiciliar entre 21h e 5h foi criminalizado não significa que a realização da diligência em qualquer outro horário seja plenamente lícita e válida para todos os fins.

A própria Lei de Abuso de Autoridade é repleta de exemplos que corroboram essa assertiva. Basta pensar no art. 9º, que tipifica a conduta de “Decretar medida de privação da liberdade em **manifesta** desconformidade com as hipóteses legais” (grifei).

Extraí-se do dispositivo que, se a desconformidade for **manifesta**, pode haver crime, mas, **mesmo se não o for, continua ilegal e passível de relaxamento a decisão que decreta medida de privação de liberdade em desconformidade com as hipóteses legais**. Situação similar ocorre no art. 10, o qual dispõe que é crime “Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado **manifestamente** descabida [...]”.

Da mesma forma, pode-se pensar na conduta do magistrado que realiza o interrogatório do acusado sem adverti-lo do direito ao silêncio. Esse fato, **embora ilegal e gerador de nulidade da prova colhida, não chega a ser criminoso**. Só o será na hipótese excepcional prevista no art. 15, parágrafo único, I, da Lei de Abuso de Autoridade, consistente em prosseguir com o interrogatório “de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio”, isto é, caso o réu manifeste a intenção de permanecer em silêncio e, a despeito disso, o julgador insista em interrogá-lo.

Em todas essas hipóteses, o desrespeito à lei é excepcionalmente criminalizado por ser excessivo, mas isso não significa que seja totalmente lícito, perante as demais esferas jurídicas, descumprir a lei de maneiras mais brandas.

Assim, no meu entender, mesmo que realizada a diligência depois das 5h e antes das 21h, continua sendo ilegal e sujeito à sanção de nulidade cumprir mandado de busca e apreensão domiciliar se for noite, embora não configure o crime de abuso de autoridade previsto no art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019.

Nesse sentido:

A outra hipótese prevista no parágrafo primeiro busca conferir certeza objetiva quanto ao horário em que o cumprimento de ordem judicial de busca e apreensão pode configurar abuso de autoridade. **Caso o cumprimento se dê após as 5hs ou antes das 21hs, não haverá abuso de autoridade por falta de tipicidade da conduta. Pode haver nulidade da medida, mas não o crime de abuso de autoridade.**

Importa destacar que o § 1º, III, não constitui autorização indiscriminada para a realização de buscas domiciliares até as 21 hs. Isso porque a Constituição da República exige que o ingresso em domicílio para cumprimento de ordem judicial ocorra durante o dia, ou seja, do nascer ao pôr do sol.

(CASTELO BRANCO, Emerson; CAVALCANTE, André Clark Nunes; PINHEIRO, Igor Pereira. *Nova lei do abuso de autoridade* : comentada artigo por artigo. Leme: JH Mizuno, 2020, p. 120, grifei)

Ressalto, nesse ponto, desconhecer a existência de cidade brasileira em que, por exemplo, às 20h59, ainda não haja anoitecido, a corroborar a tese de que o art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019 não regulamentou os conceitos de “dia” e de “noite”; somente criminalizou uma conduta cuja violação à proteção domiciliar é tão grave que legitima a incidência do Direito Penal como *ultima ratio*.

É pertinente, ainda, traçar um paralelo com a interpretação que este Superior Tribunal tem dado à majorante prevista no art. 155, § 1º, do CP (“A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o **repouso noturno**”).

Observo que a expressão usada pelo art. 155, § 1º, do CP é “repouso noturno”, a qual tem significado ainda mais restritivo do que o termo “noite”, contido no art. 245 do CPP, porquanto nem todo o período noturno é necessariamente de repouso, palavra cujo significado literal se relaciona usualmente aos horários mais tardios, em que as pessoas estão em efetivo descanso e exercendo menor vigilância sobre os seus bens.

Aplicando essa distinção, no julgamento do Tema n. 1.144 dos recursos repetitivos, este Tribunal Superior assentou a necessidade de que o furto ocorra “obrigatoriamente, à noite e em situação de repouso”, isto é, **além de ser noite**, deve também haver uma situação de repouso. Veja-se:

1. Nos termos do § 1º do art. 155 do Código Penal, se o crime de furto é praticado durante o repouso noturno, a pena será aumentada de um terço.
2. **O repouso noturno compreende o período em que a população se recolhe para descansar, devendo o julgador atentar-se às características do caso concreto.**
3. **A situação de repouso está configurada quando presente a condição de sossego/tranquilidade do período da noite, caso em que, em razão da diminuição ou precariedade de vigilância dos bens, ou, ainda, da menor capacidade de resistência da vítima, facilita-se a concretização do crime.**
4. **São irrelevantes os fatos das vítimas estarem, ou não, dormindo no momento do crime, ou o local de sua ocorrência, em estabelecimento comercial, via pública, residência desabitada ou em veículos, bastando que o furto ocorra, obrigatoriamente, à noite e em situação de repouso.**
(REsp n. 1.979.989-RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 3ª S., DJe 27/6/2022, grifei)

Mesmo assim, **inclusive depois da vigência da Lei n. 13.869/2019**, esta Corte tem admitido a incidência da majorante em horários que se situam entre 5h e 21h, nos quais, segundo a proposta da eminente relatora, já haveria “dia”.
Ilustrativamente:

[...]

3. O legislador tinha em mente, ao estabelecer a aludida causa de aumento, o fato da *res* estar mais desprotegida, dada a precariedade da vigilância durante o repouso noturno, que deve ser entendido como o período em que as pessoas se recolhem. **No caso, reconhecido que o crime foi perpetrado às 5h30min durante o inverno, ou seja, ainda durante na madrugada**, mesmo que as pessoas possam começar o dia mais cedo em uma cidade interiorana, no local dos fatos, conforme o reconhecido nos autos, as pessoas estavam repousando, o que basta para justificar o aumento na terceira fase do cálculo dosimétrico.
(AgRg no HC n. 674.534/MS, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 17/8/2021, destaquei)

Um exemplo prático bem ilustra o paradoxo. Imagine-se que um indivíduo pratique um furto às 5h10 em uma residência na qual os moradores estejam dormindo. Descoberta a autoria do crime, para recuperar a *res furtiva*, o Poder Judiciário defere a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, o qual é cumprido pela polícia na casa do investigado às 5h10, horário em que ele estava dormindo.

Como admitir que o acusado responda por furto majorado pelo repouso noturno porque praticou o crime às 5h10 e, ao mesmo tempo, legitimar o ingresso no domicílio dele também às 5h10, sob o argumento de que já era dia? Ora, **não se pode considerar que o mesmo horário é noturno para aumentar a pena imposta contra o indivíduo que pratica um furto, mas tomá-lo como diurno para autorizar o cumprimento de mandado de busca em sua residência.**

Dessa forma, penso que, por questão de coerência, se admitirmos que é possível o cumprimento de mandado de busca e apreensão das 5h às 21h – **o que não me parece adequado** –, então, no mínimo, também deveremos passar a afastar a majorante do repouso noturno nos furtos praticados dentro desse intervalo, porque, a prevalecer esse entendimento, ainda que se trate de situação de repouso, não se poderá mais falar que o período é noturno.

Vale mencionar, por fim, a reforçar essa interpretação, **recente e importante decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos** no caso *Valencia Campos y otros v. Bolívia*, julgado em 18 de outubro de 2022, em que o tema **da temeridade do ingresso domiciliar em período noturno foi abordado com especial destaque.**

Em voto concorrente para a condenação do Estado boliviano por violação da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Juiz Rodrigo Mudrovitsch e a Juíza Nancy Hernández López pontuaram que, “em função do horário, **o período é mais propício que o diurno para a perpetração de violações de direitos humanos**, haja vista a diminuição da circulação de pessoas e a redução da possibilidade de socorro ou da presença de testemunhas. **Tais condições são comprovadamente propícias para a prática de abusos de autoridade em operações estatais**”.

Acrescentaram, ainda, que, “no período noturno, são desenvolvidas as atividades familiares de caráter mais íntimo, de forma que **a violação do domicílio por autoridades policiais nesse horário produz maior ansiedade sobre os moradores e se revela ainda mais ameaçadora**”.

Segundo a Corte IDH, **“os efeitos negativos das invasões domiciliares são especialmente nefastos sobre grupos vulneráveis, como mulheres, crianças e adolescentes”** e, **“no que tange às mulheres, uma das formas em que tal vulnerabilidade se evidencia é no risco acentuado de violência, incluindo a violência de caráter sexual”**.

O Tribunal assentou, reproduzindo as palavras de uma das peritas ouvidas no julgamento, que **“o lar é o lugar onde se exercem os papéis de cuidado por excelência e esses papéis têm sido desempenhados historicamente sobretudo pelas mulheres. Dessa forma, se torna necessário que na execução das incursões domiciliares se incorpore uma perspectiva de gênero”**.

Na mesma linha, em relação às crianças e adolescentes, o voto concorrente apontou que **“a vulnerabilidade dos menores se intensifica, tendo em vista o rompimento da sensação de proteção do lar e do testemunho da detenção dos adultos com os quais nutrem relações familiares e de confiança”, razão pela qual se destaca “o imperativo de se buscar, na maior medida possível, realizar as operações policiais (se necessários e amparados pela legalidade) durante o dia, quando os impactos aos menores podem ser mitigados”**.

Por isso, concluiu que **“as invasões policiais noturnas se afiguram incompatíveis com a Convenção e com os standards desta Corte, sendo admissíveis tão somente em situações absolutamente excepcionais e, acima de tudo, previstas de forma clara e taxativa na Constituição ou na Lei, e requerendo motivação reforçada que justifique as razões pelas quais não se pode realizar a diligência no horário diurno. Em outras palavras, não podem ser encaradas pelos Estados como procedimentos corriqueiros da atividade de persecução penal, à livre disposição dos operadores da justiça, e sim como instrumentos que configuram uma das mais graves intervenções na esfera de direitos dos indivíduos. Por essa razão, as invasões noturnas só são justificáveis mediante a mais rigorosa observância cumulativa dos ditames da legalidade e da proporcionalidade em todas as suas dimensões”**.

IV. O caso dos autos

A Juíza de direito, ao receber a denúncia, assim rechaçou a preliminar de nulidade aventada pela defesa (fl. 111):

7.2. Afasto, também, a alegação das defesas no sentido da existência de ilegalidade por ocasião do cumprimento do mandado de busca domiciliar.

De acordo com o Código de Processo Penal, as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite (art. 245).

Integrada a norma pelo art. 212 do NCPC, conclui-se que os atos processuais serão realizados em dias úteis, das 06h00min às 20h00min.

Nesse sentido, todos os documentos confeccionados pela d. Autoridade Policial indicam que as buscas foram iniciadas no dia 13 de julho de 2020, às 06h00min (fls. 2501/2506).

Possuindo o Delegado de Polícia, como agente público que é, fé pública em seus atestos, neste momento, de se reconhecer que as diligências se deram em estrito cumprimento das determinações constitucionais e legais.

Como bem pontuado pelo Ministério Público, o fato de a câmera de vigilância indicar horário diverso, por si só, não é suficiente a infirmar as informações extraídas do boletim de ocorrência.

Da mesma forma, a presença de breu ou claridade no cumprimento da ordem judicial é irrelevante, na medida em que observado o horário regulamentar.

Como argumento de passagem, destaco que, mesmo que assim não o fosse, realizando-se uma interpretação sistemática do arcabouço jurídico, atualmente, após a entrada em vigor da Lei nº. 13.869/2019, é de concluir pela regularidade das diligências realizadas após às 05h00min, sob pena de contrassenso normativo.

A Corte estadual, por sua vez, manteve a decisão de primeiro grau em acórdão assim ementado (fl. 187):

Habeas Corpus. Estelionatos, associação criminosa e lavagem de capitais. Trancamento da ação penal. Alegação de que a exordial acusatória se apoia em provas ilícitas, colhidas durante diligência de busca e apreensão realizada no período noturno. Inocorrência. Paciente que franqueou a entrada dos agentes policiais na residência, sendo, por isso, irrelevante o horário do cumprimento do mandado. Ademais, o ato teve início depois das 05h da manhã, ou seja, em horário em que é legalmente permitida a diligência. Com o advento da Lei nº 13.869/2019, estancou-se a celeuma acerca dos conceitos de “dia” e “noite” para a realização de busca domiciliar, estabelecendo-se como lícito o interregno entre as 05h e 21h (art. 22, § 1º, III). Critério que melhor homenageia os

primados da segurança jurídica e da legalidade. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Lei que é fonte primária do Direito e, por isso, afasta os critérios jurisprudenciais e doutrinários anteriores ao novel diploma, pois decorrentes de fonte mediata. Ausência de comprovação de prejuízo concreto, sem o que não se declara qualquer nulidade. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada.

Daí este recurso, em que o recorrente se insurge contra o acórdão do habeas corpus, com fundamento nas teses descritas alhures.

Conforme se depreende dos excertos acima, as instâncias ordinárias rechaçaram a pretensão defensiva com base, essencialmente, em três argumentos:

- a) houve consentimento do acusado para que a busca se realizasse naquele horário;
- b) o boletim de ocorrência, que teria fé pública, atesta que a busca se iniciou às 6h;
- c) depois da entrada em vigor do art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019, passou a ser válido o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar entre 5h e 21h.

No que concerne ao primeiro fundamento, pontuo que, embora o Juízo singular haja mencionado que, segundo os policiais, o réu não ofereceu resistência e franqueou a entrada no domicílio, não há nenhuma prova do referido consentimento. Pelo contrário, o acusado refutou veementemente essa alegação, e os elementos dos autos demonstram que, na verdade, ele só teve contato com os policiais quando eles já haviam entrado no imóvel pelo portão da garagem e estavam na porta da sala de estar da residência, em grande número e fortemente armados. Constatase, ainda, que a esposa do acusado colocou as mãos para cima quando os policiais entraram na sala, a reforçar que estava acuada e não tinha a menor condição de impedir um ingresso que já havia ocorrido, sobretudo diante da apresentação de uma ordem judicial de busca, a qual inviabilizava qualquer resquício de possibilidade concreta de oposição.

Da mesma forma, não se sustenta o argumento de que a busca se iniciou às 6h, por ser esse o horário constante no boletim de ocorrência (fl. 101), uma vez que tal informação é desmentida pelo horário indicado nas câmeras de segurança da residência e pelo laudo técnico sobre as referidas imagens (fls. 93-100), que

apontam ter o ingresso no imóvel ocorrido por volta de 5h30.

Chamo a atenção, nesse ponto, para o fato de que ainda estava totalmente escuro no local àquela hora, tanto que os policiais tiveram que usar lanternas para realizar a diligência, de modo que **nem pelo critério físico-astronômico, nem pelo critério cronológico a medida pode ser considerada válida.**

Por fim, quanto ao último fundamento, conforme procurei demonstrar no tópico anterior, o art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019 não torna válido o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar em qualquer horário situado entre 5h e 21h.

No caso, aliás, **nenhum motivo havia para que não se aguardasse** para iniciar o cumprimento da diligência.

Assim, nos termos do art. 157 do CPP, é de rigor o reconhecimento da invalidade das provas colhidas com base na busca e apreensão realizada na residência do acusado, bem como de todas as provas delas derivadas.

Isso não acarreta necessariamente, porém, como pretende a defesa, a anulação da decisão de recebimento da denúncia, uma vez que, ao menos do que é possível aferir nos limites da cognição deste recurso em habeas corpus, a inicial acusatória não foi oferecida com base apenas nas provas colhidas na busca e apreensão realizada na casa do recorrente, o que deverá ser analisado em maior profundidade pelo Juízo singular depois de descartar as provas aqui reconhecidas como ilícitas.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com a devida vênia, **divirjo** da eminente relatora e **dou parcial provimento ao recurso** para reconhecer a nulidade das provas colhidas com base na busca e apreensão efetuada na residência do acusado, bem como de todas as provas delas derivadas, as quais deverão ser desentranhadas dos autos.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2022/0227210-7

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
RHC 168.319 / SP
MATÉRIA CRIMINALNúmeros Origem: 12652020 1265202015003178520208260627 15003178520208260627
20116556620228260000

PAUTA: 28/08/2023

JULGADO: 05/12/2023
SEGREGO DE JUSTIÇA**Relatora**Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ****Relator para Acórdão**Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA****AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : R DO P Z
ADVOGADOS : RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO - SP130856
RAFAEL ARAGOS - SP299719
MATHEUS DA SILVA SANCHES - SP389995
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : W D M
CORRÉU : J C P
CORRÉU : J C N
CORRÉU : L C M
CORRÉU : L P DA S
CORRÉU : A F M
CORRÉU : E M
CORRÉU : E C DE C
CORRÉU : W J N DA S
CORRÉU : A N
CORRÉU : L C DOS S
CORRÉU : N DOS S

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : R DO P Z
ADVOGADOS : RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO - SP130856
RAFAEL ARAGOS - SP299719
MATHEUS DA SILVA SANCHES - SP389995
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz dando provimento ao agravo regimental e concedendo parcialmente a ordem, sendo

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2022/0227210-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
RHC 168.319 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

acompanhado pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), a Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental e concedeu em parte a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF). Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.