



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 854648 - SP (2023/0334869-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MARCELO PEREIRA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LAURA RODRIGUES DA SILVA DE HOLANDA CAVALCANTI -
RS083283
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO CONTRA TERCEIRA PESSOA. DESVIO DE FINALIDADE. HIPÓTESE DE PESCA PROBATÓRIA (*FISHING EXPEDITION*). ENCONTRO FORTUITO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "[N]ão se pode admitir que a entrada na residência especificamente para o cumprimento de mandado de prisão sirva de salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (*fishing expedition*), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade" (AgRg no HC n. 733.910/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022).

2. Não há falar em encontro fortuito de provas, porquanto a própria denúncia descreve que os 101g (cento e um gramas) de maconha e os 12g (doze gramas) de cocaína foram localizados dentro de um sofá, enquanto a quantia de R\$ 49,00 (quarenta e nove reais) foi encontrada em outro cômodo; circunstâncias essas que evidenciam a verdadeira varredura no imóvel e extrapolam o escopo inicial, que seria o cumprimento de mandado de prisão de terceira pessoa que nem sequer se encontrava no local.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 25/06/2024 a 01/07/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Jesuíno

Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 01 de julho de 2024.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 854648 - SP (2023/0334869-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MARCELO PEREIRA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LAURA RODRIGUES DA SILVA DE HOLANDA CAVALCANTI -
RS083283
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO CONTRA TERCEIRA PESSOA. DESVIO DE FINALIDADE. HIPÓTESE DE PESCA PROBATÓRIA (*FISHING EXPEDITION*). ENCONTRO FORTUITO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "[N]ão se pode admitir que a entrada na residência especificamente para o cumprimento de mandado de prisão sirva de salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (*fishing expedition*), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade" (AgRg no HC n. 733.910/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022).

2. Não há falar em encontro fortuito de provas, porquanto a própria denúncia descreve que os 101g (cento e um gramas) de maconha e os 12g (doze gramas) de cocaína foram localizados dentro de um sofá, enquanto a quantia de R\$ 49,00 (quarenta e nove reais) foi encontrada em outro cômodo; circunstâncias essas que evidenciam a verdadeira varredura no imóvel e extrapolam o escopo inicial, que seria o cumprimento de mandado de prisão de terceira pessoa que nem sequer se encontrava no local.

3. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental em *habeas corpus* interposto pelo

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão em que concedi a ordem.

Na hipótese, foi impetrado *habeas corpus* em favor de MARCELO PEREIRA apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (HC n. 1500343-54.2021.8.26.0593).

Depreende-se dos autos que o paciente (ora agravado) foi absolvido, em primeira instância, da acusação de ter cometido o delito inscrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por insuficiência de provas, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 252/259).

O Tribunal de origem deu provimento à apelação ministerial para condená-lo a 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas, tendo em vista a apreensão de cerca de 100g (cem gramas) de maconha e 12g (doze gramas) de cocaína (e-STJ fls. 341/355).

No *writ*, a Defensoria Pública sustentou a nulidade das provas, ao argumento de que foram obtidas por meio de busca domiciliar desprovida de mandado judicial específico ou de fundadas razões que justificassem a medida.

Requeru, portanto, o restabelecimento da sentença absolutória, com o reconhecimento da nulidade apontada. Subsidiariamente, postulou a fixação da pena base no mínimo legal; além do abrandamento do regime inicial fechado, que teria sido imposto com base na gravidade abstrata do delito (e-STJ fls. 13/19).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 418/427).

No presente agravo, alega o *Parquet* que "*não houve propriamente busca pelas drogas, mas o encontro fortuito delas, sem desvio dos objetivos da operação policial*" (e-STJ fl. 459).

Requer, por fim, a reconsideração da decisão ou o seu enfrentamento pelo colegiado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

A irresignação não merece prosperar, devendo ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Inicialmente, cumpre asseverar que o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 consubstancia tipo penal de ação múltipla. O dispositivo desse artigo traz em seu bojo dezoito modalidades de ações que se subsomem à incidência do referido tipo, entre as quais estão inseridos "ter em depósito" ou "guardar" drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Essas duas modalidades, consoante a jurisprudência dos tribunais superiores, traduzem hipóteses de crime permanente, significando que o momento de consumação do crime de tráfico de entorpecentes se prolonga no tempo, permitindo a conclusão de que o agente estará em flagrante delito até a cessação da permanência.

Aliás, essa é a inteligência do art. 303 do CPP, segundo o qual, "*nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*".

Apreciando o tema, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal pacificaram a orientação de que, constituindo o delito de tráfico de entorpecentes nas modalidades "guardar" ou "ter em depósito" crime permanente, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão em caso de flagrante delito.

Nesse sentido:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

2. O delito de tráfico de drogas é crime de natureza permanente, de forma que é despiciendo o mandado de busca e apreensão para que a autoridade policial adentre o domicílio do acusado, porquanto configurada a situação de flagrância, exceção contemplada pelo art. 5º, XI, da Constituição da República de 1988.

[...]

5. Recurso não provido. (RHC n. 75.397/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016.)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. CRIMES PERMANENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. COLHEITA DA PROVA PELA MAGISTRADA TITULAR, À ÉPOCA. SENTENÇA PROLATADA, EM RAZÃO DE AFASTAMENTO MOTIVADO POR DESIGNAÇÃO PARA OUTRO JUÍZO, PELO SUCESSOR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE AO TRÁFICO DE DROGAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. "Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não

havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (precedentes)" (HC 306.560/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015).

2. Para se concluir que não havia situação de flagrância, seria necessário reexaminar o contexto fático-probatório dos autos, o que se afigura inviável na estreita via eleita.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 359.420/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/8/2016, DJe 26/8/2016.)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 E ART. 12, CAPUT, DA LEI 10.826/2003. BUSCA DOMICILIAR E PESSOAL. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE NA EFETIVAÇÃO DA PRISÃO. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DELITO PERMANENTE. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

IV - Tratando-se de tráfico ilícito de substância entorpecente, crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a busca domiciliar e pessoal que culminou com prisão da paciente, mantendo em depósito drogas e na posse de arma de fogo, não constitui prova ilícita, pois ficou evidenciada a figura do flagrante delito, o que, a teor do disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, autoriza o ingresso, ainda que sem mandado judicial, no domicílio alheio (Precedentes).

[...]

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 290.619/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 12/12/2014.)

Sobre o tema, ainda, cumpre frisar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, submetido à sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento de que a *"entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados"*. Confira-se, oportunamente, a ementa do acórdão proferido no referido processo:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição.

Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE n. 603.616/RO, relator Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 5/11/2015, DJe 10/5/2016, grifei.)

O Ministro Rogerio Schietti Cruz, ao discorrer acerca da controvérsia objeto desta irresignação no REsp n. 1.574.681/RS, bem destacou que *"a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar"* (Sexta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe 30/5/2017).

Pontuou o Ministro que *"tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade"*, mas que *"há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo"*.

Cinge-se a controvérsia, portanto, a verificar a existência de "fundadas razões" que, consoante o entendimento da Suprema Corte, autorizem a entrada forçada em domicílio, prescindindo-se de mandado de busca e apreensão.

Colaciono, oportunamente, este trecho do acórdão atacado (e-STJ fls. 343/347):

[...] 1. como sabido por qualquer jejuno, trata-se de crime permanente e, portanto, a prisão em flagrante é possível a qualquer tempo e a qualquer modo (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, e artigo 303 do Código de Processo Penal); 2. o Réu foi abordado em circunstância específica, pois estava sozinho na residência de pessoa procurada pela justiça, motivo pelo qual foi necessária a entrada para dar integral cumprimento ao mandado; 3. a entrada dos investigadores no interior do imóvel foi franqueada pelo Réu,

tratando-se de imóvel que evidentemente não era utilizado como habitação permanente, considerando-se que havia apenas um sofá; 4. a diligência resultou na apreensão do entorpecente escondidos naquele sofá.

E mais, em se tratando de tese de eventual vício na prisão em flagrante, sua repercussão seria tão somente limitada à questão da prisão, sabido que na fase extrajudicial não existe nulidade porque não há atos processuais e, portanto, não há formalidade a ser resguardada.

Para não pairar dúvida e tentar fazer fim a alegações infundadas, acresça que é inviável falar em ilegalidade da prisão em flagrante - e, por consequência, em eventual ilicitude da prova - porque, como é cediço por qualquer jejuno, qualquer pessoa do povo pode efetuar a prisão em situações dessa natureza, conforme previsão legal do artigo 301 do Código de Processo Penal. Há legalidade e legitimidade plenas na abordagem e prisão daquele que está em situação de flagrância nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal, bem como os atos dele decorrentes - como busca e apreensão de coisas [...]

Não tem mínimo cabimento sustentar que se trata de proteção à intimidade por proteção indireta à propriedade. Ora, a mesma Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso III, e artigo 182, § 2º, garante o direito à propriedade, mas com respeito à sua função social, e a exigência daquela obrigatória justificativa prévia para ingresso permitiria fazer da casa valhacouto à prática de crimes sob a proteção do Poder Judiciário, o que foge à mínima racionalidade do texto constitucional. E mais, se, em casos extremos, houver violação à intimidade (pela indevida "invasão" - o que por evidente aqui não ocorre, já que havia crime permanente em prática!), o mesmo texto constitucional garante a reparação material e moral do dano causado (artigo 5º, inciso X), lembrando que, em paralelo, se tentar obstar manifestação de pensamento é censura, muito mais é a tentativa de bloquear a ação dos agentes do Estado para a repressão diante de uma situação de crime! (Grifos acrescidos.)

Eis o excerto pertinente da sentença absolutória (e-STJ fls. 256/258):

Sob o crivo do contraditório judicial, os policiais militares Pedro [...] e Danilo [...] que realizaram a prisão em flagrante do acusado foram formalmente ouvidos e, sem divergências da versão apresentada à autoridade policial, de forma uníssona declararam que foram ao local dos fatos dar cumprimento ao mandado de prisão expedido em desfavor de Luan [...], ordem expedida pelo digno Juízo de Direito 2ª Vara Criminal desta Comarca.

Disseram também que lá chegando foram atendidos pelo réu e tiveram a entrada na residência por ele franqueada. Quando adentraram no imóvel visualizaram um sofá com um rasgo/corte no assento. Dentro desse corte/rasgo, encontraram o entorpecente descrito na inicial acusatória. Em outro cômodo foi encontrado certa quantia em dinheiro. Declararam, por fim, que não conheciam o acusado, que ele não era alvo de investigação e não tinham conhecimento de que ele estava envolvido no tráfico de drogas.

Como se vê, a diligência que culminou com a apreensão das drogas está eivada de nulidade.

Os policiais que realizaram a abordagem e prisão em flagrante do denunciado detinham ordem para realizar a prisão de Luan [...]. E como se sabe, o mandado de prisão autoriza a captura do agente, a condução para a Delegacia, Unidade Militar (quartel), ou presídio, a depender do caso, e o consequente encarceramento.

No caso, não havia nenhum mandado de busca e apreensão na residência, não houve qualquer referencia à prévia investigação do denunciado Marcelo, monitoramento ou campanas no local, de maneira que não poderiam ter feito

buscas na casa, o que torna ilícita a apreensão do material na residência, assim como a prisão em flagrante.

Esclareço, por oportuno, que não basta mera alegação de que, em se tratando de crime permanente, a constatação da flagrância delitiva, ainda que inexistentes fundadas razões para o ingresso, convalidaria o ato.

Nesse sentir, tanto o STF quanto o STJ decidiram que a prova obtida em residência, sem o devido mandado de busca e com base apenas em mera suspeita, é definitivamente ilegal.

Eis o voto no Min. Lewandowski, in verbis: "a busca sem mandado judicial só seria justificada por uma fundada suspeita da prática de crime, o que não se verificou no caso, revelando assim a ocorrência de flagrante ilicitude que resultou na instauração de persecução criminal, pois ninguém pode ser investigado ou denunciado, processado, e muito menos condenado com base em provas ilícitas". HC 138.565 julgado em 18/04/2017.

In casu, nem meras suspeitas havia.

[...]

Assim, o ingresso em domicílio e as buscas apenas se revela legítimo quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo no interior da casa, situação de flagrante delito.

No caso presente, reforço que o mandado de prisão era contra terceira pessoa e não havia fundada suspeita em relação ao acusado, fato este corroborado pelos policiais que procederam a abordagem e prisão do denunciado.

Em decorrência disso, toda prova colhida está eivada de nulidade, devendo ser desconsiderada, sendo a absolvição medida de rigor. (Grifos no original)

De fato, a descrição do contexto fático da apreensão realizada demonstra ser nula a referida diligência. Isso, porque, muito embora se tenha noticiado a existência de mandado de prisão expedido contra terceira pessoa a ser cumprido naquele endereço, tal circunstância não admite a busca exploratória no imóvel.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte não autoriza o desvio de finalidade das diligências policiais, mormente se considerada a devassa ao domicílio, que goza de proteção constitucional e demanda mandado de busca e apreensão judicialmente autorizado com delimitação razoável de seu escopo.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESISTÊNCIA. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. NULIDADE PARCIAL DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo ? a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno ? quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

3. Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência, conforme se extrai da exegese do art. 248 do CPP, segundo o qual, ?Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência?.

4. É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo ? vinculado à justa causa ? para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas.

5. Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade.

6. No caso dos autos, o ingresso no domicílio do acusado foi justificado com base na alegação dos policiais de que, em patrulhamento de rotina, avistaram o réu com um volume na cintura que aparentava ser uma arma de fogo, razão pela qual decidiram abordá-lo, mas ele demonstrou nervosismo e se evadiu da guarnição para o interior da residência. Perseguido e capturado o réu, constatou-se que, de fato, ele portava uma arma de fogo municiada na cintura. Depois disso, os policiais soltaram cães farejadores na residência do recorrente e passaram a fazer uma varredura minuciosa à procura de drogas, oportunidade em que encontraram, dentro de uma mochila em um guarda-roupas, 518 gramas de cocaína e uma balança de precisão; ainda, no fundo falso de uma gaveta apreenderam mais R\$ 7.000,00 em dinheiro e uma caderneta com anotações do tráfico.

7. Ao menos para perseguir e capturar o recorrente no interior do imóvel, havia justa causa amparando a ação dos agentes de segurança.

Com efeito, segundo assentaram as instâncias de origem, além de o réu haver demonstrado nervosismo ao avistar a guarnição policial e haver fugido dos agentes, eles afirmaram que viram um volume na cintura do acusado que aparentava ser uma arma de fogo (o que se confirmou ao final), de modo que tinham fundadas razões para acreditar estar configurada situação de flagrante delito para ingressar no domicílio em perseguição ao réu a fim de apreender a arma. Isso, todavia, não significa que, uma vez concluído o propósito que legitimou excepcionalmente o ingresso domiciliar, estivessem os militares autorizados a fazer uma varredura na residência do acusado, com o auxílio de cães farejadores, à procura de drogas, porquanto já havia sido cumprida a finalidade da diligência invasiva.

8. Na espécie, fica evidente o desvio quanto à finalidade que ensejou o ingresso no domicílio do réu, porquanto a justa causa se relacionava exclusivamente ao porte de uma arma de fogo, a qual já havia sido apreendida ? junto com o carregador e as munições ? tão logo o recorrente foi capturado e revistado. Ao soltar os cães farejadores na residência e vasculhar seu interior minuciosamente, com o deliberado intento de procurar drogas (não se tratou, portanto, de encontro fortuito), os policiais

ultrapassaram nitidamente o escopo da medida invasiva e, por isso, macularam a validade das provas colhidas a partir do momento em que foram apreendidos a arma, o carregador e as munições no corpo do réu.

9. Recurso parcialmente provido para o fim de reconhecer a ilicitude das provas colhidas no interior da residência do acusado, ressalvada, apenas, a apreensão da arma de fogo, do carregador e das munições, os quais foram localizados junto ao corpo do recorrente em revista pessoal dentro do domicílio.

(RHC n. 165.982/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 26/9/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS CIVIS. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO POR INVESTIGAÇÃO DE CRIME DIVERSO. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS E DERIVADAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante recente orientação jurisprudencial desta Corte Superior, "É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito" (HC n. 663.055/MT, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022).

2. Nessa linha de inteligência, não se pode admitir que a entrada na residência especificamente para o cumprimento de mandado de prisão sirva de salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade.

3. A existência de mandado de prisão em aberto para apuração de crime de homicídio supostamente praticado por dois dos pacientes não justifica a realização de buscas na residência da terceira paciente, em verdadeira pescaria/expedição probatória, procedimento que demanda autorização judicial expressa ou a autorização explícita e espontânea da ré, o que não ocorreu no caso.

4. Somado a isso, ainda que as provas encontradas posteriormente configurem crime permanente, estas não podem ser usadas para justificar, a posteriori, a violação do domicílio. Isso porque as razões que justifiquem o ingresso na residência devem existir no momento da ação ou previamente a ela. A constatação posterior da situação de flagrância não é capaz de conferir licitude à invasão, de forma retroativa.

5. Assim, reconhecida a ilegalidade da busca probatória dentro da casa, que é totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar os acusados, vislumbra-se a ilicitude da busca e apreensão domiciliar, e das provas dela decorrentes, impondo-se a absolvição dos agentes, nos termos do art. 386, II, do CPP.

6. Agravo regimental do Ministério Público do Estado de Santa Catarina a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 733.910/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022.)

Consigne-se, por oportuno, que não se pode falar em encontro fortuito de provas, porquanto bem delineado na denúncia que foram localizados os entorpecentes dentro de um sofá e a quantia de R\$ 49,00 (quarenta e nove reais) em outro cômodo, circunstâncias essas que evidenciam a verdadeira varredura no local e extrapolam o escopo inicial, que seria o cumprimento de mandado de prisão.

Nesse mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO EM DOMICÍLIO. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO. PESCARIA PROBATÓRIA. DESVIO DE FINALIDADE NO CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior, no julgamento do HC n. 663.055/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, entendeu que "é ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito". (HC 725892 / GO, Relª Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2022, DJe 08/04/2022).

2. Na esteira dos precedentes supracitados, não se pode admitir que a entrada na residência especificamente para o cumprimento de mandado de prisão sirva de salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória ("fishing expedition"), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade.

3. Ainda que admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para captura de pessoa em cumprimento ao mandado de prisão, verifica-se que houve desvirtuamento da finalidade no cumprimento do ato, na medida em que, segundo a denúncia, "o denunciado, agindo de forma livre e consciente, guardava embaixo de um aparelho de som quebrado, localizado no quarto de uma casa vazia ao lado da residência do denunciado para fins de tráfico 995,6 g (novecentos e noventa e cinco gramas e seis decigramas) da substância entorpecente denominada Cocaína." Não houve mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo foragido, senão verdadeira busca probatória dentro da casa, que é totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar o réu.

4. Assim postos os fatos, vislumbra-se a ilicitude da busca e apreensão domiciliar, e das provas dela decorrentes, inclusive a apreensão da droga, nos termos do art. 157, caput, e § 1º, do CPP, impondo-se a absolvição do paciente, nos termos do art. 386, II, do CPP.

5. Concessão da ordem de habeas corpus. Absolvição do paciente em relação ao delito previsto no arts. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, determinando-se-lhe a soltura incontinenti, se por outro motivo não estiver preso.

(HC n. 727.755/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E FALSA IDENTIDADE. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR.

NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetivamente e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato.

Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

4. Sobre a gravação audiovisual, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 ("ADPF das Favelas"), reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos".

5. Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência, conforme se extrai da exegese do art. 248 do CPP, segundo o qual, "Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência".

6. É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo - vinculado à justa causa - para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas.

7. Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade.

8. Segundo Alexandre Morais da Rosa, "Fishing Expedition ou Pescaria Probatória é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem 'causa provável', alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém. [É] a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade" (ROSA, Alexandre Morais da, Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021, p. 389-390).

9. Sobre o desvio de finalidade no Direito Administrativo, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina: "Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício denominado 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade' são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo, 27 ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 106).

10. No caso dos autos, o ingresso em domicílio foi amparado na possível prática de crime de falsa identidade, na existência de mandado de prisão e na suposta autorização da esposa do acusado para a realização das buscas.

10.1 O primeiro fundamento - crime de falsa identidade - não justificava a entrada na casa do réu, porque, no momento em que ingressaram no lar, os militares ainda não sabiam que o acusado havia fornecido anteriormente à guarnição os dados pessoais do seu irmão, o que somente depois veio a ser constatado. Não existia, portanto, situação fática, conhecida pelos policiais, a legitimar o ingresso domiciliar para efetuar-se a prisão do paciente por flagrante do crime de falsa identidade, porquanto nem sequer tinham os agentes públicos conhecimento da ocorrência de tal delito na ocasião.

10.2 No tocante ao segundo fundamento, releva notar que, além de não haver sido seguido o procedimento legal previsto no art. 293 do CPP, não se sabia - com segurança - se o réu estava na casa, visto que não fugiu da guarnição para dentro do imóvel com acompanhamento imediato em seu encalço; na verdade, o acusado tomou rumo ignorado, com notícia de que provavelmente estaria escondido dentro do cemitério, mas os agentes foram até a residência dele "colher mais informações".

10.3 Mesmo se admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para

captura do acusado - em cumprimento ao mandado de prisão ou até por eventual flagrante do crime de falsa identidade -, a partir das premissas teóricas acima fundadas, nota-se, com clareza, a ocorrência de desvirtuamento da finalidade no cumprimento do ato.

Isso porque os objetos ilícitos (drogas e uma munição calibre .32) foram apreendidos no chão de um dos quartos, dentro de uma caixa de papelão, a evidenciar que não houve mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo réu - certamente portador de dimensões físicas muito superiores às do referido recipiente -, mas sim verdadeira pescaria probatória dentro do lar, totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar o paciente.

10.4 Por fim, quanto ao último fundamento, as regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que a esposa do paciente - adolescente de apenas 16 anos de idade - teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do casal, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor de seu cônjuge. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

10.5 A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do acusado, em violação da norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela derivados, porque decorrentes diretamente dessa diligência policial.

É preciso ressaltar, contudo, que a condenação pelo crime do art. 307 do CP (falsa identidade) não é atingida pela declaração de ilicitude das provas colhidas a partir da invasão de domicílio, eis que a prática do delito, ao que consta, foi anterior ao ingresso dos agentes no lar do acusado.

11. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas a partir da violação do domicílio do acusado, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolvê-lo das imputações relativas aos crimes do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 e 14 da Lei n. 10.826/2003.

(HC n. 663.055/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022.)

Assim, deve ser mantida a decisão que concedeu a ordem para restabelecer a sentença absolutória.

Diante de todo o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no HC 854.648 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0334869-0

Número de Origem:

15003435420218260593 21992842021

Sessão Virtual de 25/06/2024 a 01/07/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

LAURA RODRIGUES DA SILVA DE HOLANDA CAVALCANTI -
RS083283

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCELO PEREIRA (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO

EXTRAORDINÁRIO - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE
DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADO : MARCELO PEREIRA (PRESO)

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

LAURA RODRIGUES DA SILVA DE HOLANDA CAVALCANTI -
RS083283

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 25/06/2024 a 01/07/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 01 de julho de 2024