



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 153988 - SP (2021/0296876-6)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE : ANDRE OLIVEIRA MACEDO (PRESO)
ADVOGADOS : AURY CELSO LIMA LOPES JÚNIOR - RS031549
ANDERSON DOS SANTOS DOMINGUES - SP221336
AUREO TUPINAMBA DE OLIVEIRA FAUSTO FILHO -
SP311063
AURY CELSO LIMA LOPES JUNIOR - DF058251
AURY CELSO LIMA LOPES JUNIOR - PR093253
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MOACIR SILVA MARTHO

EMENTA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESVIO DE FINALIDADE E *FISHING EXPEDITION*. ILCITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. De acordo com o disposto no art. 293 do CPP, para ingressar em domicílio a fim de dar cumprimento a mandado de prisão, o executor primeiro deve intimar o morador a entregar o foragido e, depois, em caso de desobediência, se durante o dia, a autoridade – com duas testemunhas – poderá adentrar o imóvel.
2. No caso dos autos, além de não haver sido observado o procedimento legal previsto no referido dispositivo, nem sequer se sabia, com segurança, se o réu estava ou não dentro da casa, haja vista que o mandado de prisão foi cumprido a partir de informações anônimas de que o investigado estava em determinada residência. Não havia fundadas razões de que o alvo estaria, de fato, no interior daquela casa.
3. Ainda que seguido o procedimento legal descrito no art. 293 do CPP e ainda que admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para a captura do recorrente a fim de dar cumprimento ao mandado de prisão, isso não bastaria para validar a apreensão de diversos bens – aparelhos celulares, computadores etc. – dentro do referido local. Quando o cumprimento do mandado de prisão ocorrer no domicílio do investigado, é permitido apenas o seu recolhimento e o dos bens que estejam na sua posse direta, como resultado de uma busca pessoal (art. 240 do CPP), mas não de todos os objetos guarnecidos no imóvel que possam, aparentemente, ter ligação

com alguma prática criminosa.

4. A obtenção de elementos de convicção ou de possíveis instrumentos utilizados na prática de crime – ainda que seja ao tempo do cumprimento da ordem de prisão no domicílio do réu – exige autorização judicial prévia, mediante a expedição do respectivo mandado de busca e apreensão (art. 241 do CPP), no qual devem ser especificados, dentre outros, o endereço a ser diligenciado, o motivo e os fins da diligência (art. 243 do CPP), o que, no entanto, não ocorreu. É de se destacar, também, que muitos dos bens apreendidos se encontravam em outras residências do condomínio e que o local onde o recorrente foi detido nem sequer era sua residência.

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. É o que 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. Na hipótese, a apreensão de diversos objetos supostamente relacionados à prática de crimes, tais como lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, não decorreu de mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo recorrente, mas sim de verdadeira pescaria probatória dentro da residência, totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturá-lo para fins de cumprimento do mandado de prisão. Ademais, conforme descrito no boletim de ocorrência, nenhum dos bens apreendidos se encontrava na posse do ora recorrente. A ordem judicial era, tão somente, de prisão. De igual modo, é de se ressaltar que o caso não revela qualquer possibilidade de fonte independente, porquanto não há nenhum elemento concreto capaz de indicar que os agentes estatais pudessem vir a localizar e apreender os referidos bens, se não houvesse o cumprimento do mandado de prisão no interior da residência.

8. Uma vez que não houve prévia autorização judicial para a realização de busca e apreensão na residência do recorrente, deve ser reconhecida a ilicitude das provas por tal meio obtidas e, por conseguinte, de todos os atos delas decorrentes (art. 157 do CPP).

9. Porque reconhecida a ilicitude das provas obtidas em desfavor do recorrente por meio da medida de busca e apreensão – da qual resultou, entre outros, a apreensão de celulares –, bem como de todas as provas das que delas decorreram, fica prejudicada a análise da alegação de que a decisão de quebra do sigilo eletrônico/telemático dos celulares apreendidos não teria sido concreta e suficientemente fundamentada.

10. Recurso em habeas corpus provido, a fim de reconhecer a nulidade da busca e apreensão de todos os bens efetuada em setembro de 2019 durante o cumprimento de mandado de prisão expedido em desfavor do ora recorrente e, por conseguinte, declarar a ilegalidade da apreensão e revogar a constrição desses bens.

Consequentemente, fica determinado o trancamento do IP n. 2270947-60.2019.200602, judicializado na forma do Processo n. 1528907-91.2019.8.26.0050 em São Paulo – SP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sebastião Reis Júnior e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de abril de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 153.988 - SP (2021/0296876-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : ANDRE OLIVEIRA MACEDO (PRESO)

ADVOGADOS : AURY CELSO LIMA LOPES JÚNIOR - RS031549

ANDERSON DOS SANTOS DOMINGUES - SP221336

**AUREO TUPINAMBA DE OLIVEIRA FAUSTO FILHO -
SP311063**

AURY CELSO LIMA LOPES JUNIOR - DF058251

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES. : MOACIR SILVA MARTHO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ANDRE OLIVEIRA MACEDO alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que denegou o HC n. 2102770-08.2021.8.26.0000.

Consta dos autos que o recorrente estava com mandado de prisão preventiva em aberto, que fora expedido pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Santos – SP, nos Autos n. 0012478-85.2014.403.6181.

A diligência foi cumprida pela Polícia Civil do Estado de São Paulo – SP, que obteve informações anônimas de que o investigado estava em determinado endereço na cidade de Angra dos Reis – RJ.

Após o ingresso na propriedade e efetuada a custódia preventiva do ora recorrente, os policiais, na ocasião do próprio cumprimento do mandado de prisão, apreenderam diversos objetos pessoais na residência (celulares, computadores, HD's, documentos etc.), sem que, no entanto, houvesse mandado de busca e apreensão para tanto.

Essa apreensão de diversos bens deu ensejo à instauração do IP n. 2270947-60.2019.200602, judicializado na forma do Processo n. 1528907-91.2019.8.26.0050 em São Paulo – SP, pela suposta prática dos crimes de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e associação para o narcotráfico.

Na sequência da investigação, a autoridade policial representou pela quebra do sigilo telemático dos 32 celulares e dos 5 computadores apreendidos quando da prisão, havendo o pleito sido deferido somente em relação aos celulares (fls. 128-129).

Superior Tribunal de Justiça

Nas razões deste recurso, a defesa sustenta, então, ser ilícita a busca e apreensão dos bens ocorrida quando do ingresso dos policiais em domicílio para o cumprimento do mandado de prisão. Registra, para tanto, que "o paciente não estava em flagrante de delito, tanto que no dia da sua prisão não foi lavrado prisão em flagrante e mais: após quase 2 anos de investigação, o paciente sequer foi indiciado pelos crimes de organização criminosa ou branqueamento de capitais" (fl. 195).

Pondera que, "[e]mbora seja autorizado aos policiais 'invadirem' o domicílio para prender alguém, é vedado a devassa na propriedade particular para apreender objetos alheios. Essa devassa com intuito probatório, em nítido desvio de finalidade da ordem de prisão, foi realizada pela polícia em típica hipótese de *fishing expedition*" (fl. 197), o que não se pode admitir.

Em síntese, conclui em relação a esse ponto: "cumprimento de mandado de prisão preventiva não autoriza a realização de diligência informal e genérica de busca e apreensão" (fl. 199).

Na sequência, aduz, ainda, que "a decisão cautelar que deferiu o acesso aos 32 celulares é ilegal por vício de fundamentação" (fl. 200), porquanto deixou de explicitar em que consistiria a imprescindibilidade da quebra dos sigilos de dados eletrônicos/telemáticos.

Requer, assim, o provimento do recurso, "para reconhecer ilegalidade da apreensão dos objetos em 15/09/2019, a nulidade da decisão que os utilizou e deferiu a quebra do sigilo telemático dos 32 celulares, bem como a ilicitude probatória das requisições feitas pela Polícia Civil que, usurpando os limites da precária e ilegal decisão proferida pelo Juízo do DIPO, determina a extração dos dados dos computadores, HDs e pen-drives" (fl. 206).

A defesa manifesta, ainda, interesse em realizar **sustentação oral** (fl. 207).

Depois de as informações terem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso.

Em consulta processual realizada na página eletrônica do TJSP, verifico que, em 15/3/2023, foi oferecida denúncia nos autos do Processo n. 1528907-91.2019.8.26.0050, a que faz referência este recurso em habeas corpus.

Ciente dos memoriais juntados às fls. 309-314.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 153.988 - SP (2021/0296876-6)

EMENTA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESVIO DE FINALIDADE E *FISHING EXPEDITION*. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. De acordo com o disposto no art. 293 do CPP, para ingressar em domicílio a fim de dar cumprimento a mandado de prisão, o executor primeiro deve intimar o morador a entregar o foragido e, depois, em caso de desobediência, se durante o dia, a autoridade – com duas testemunhas – poderá adentrar o imóvel.

2. No caso dos autos, além de não haver sido observado o procedimento legal previsto no referido dispositivo, nem sequer se sabia, com segurança, se o réu estava ou não dentro da casa, haja vista que o mandado de prisão foi cumprido a partir de informações anônimas de que o investigado estava em determinada residência. Não havia fundadas razões de que o alvo estaria, de fato, no interior daquela casa.

3. Ainda que seguido o procedimento legal descrito no art. 293 do CPP e ainda que admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para a captura do recorrente a fim de dar cumprimento ao mandado de prisão, isso não bastaria para validar a apreensão de diversos bens – aparelhos celulares, computadores etc. – dentro do referido local. Quando o cumprimento do mandado de prisão ocorrer no domicílio do investigado, é permitido apenas o seu recolhimento e o dos bens que estejam na sua posse direta, como resultado de uma busca pessoal (art. 240 do CPP), mas não de todos os objetos guarnecidos no imóvel que possam, aparentemente, ter ligação com alguma prática criminosa.

4. A obtenção de elementos de convicção ou de possíveis instrumentos utilizados na prática de crime – ainda que seja ao tempo do cumprimento da ordem de prisão no domicílio do réu – exige autorização judicial prévia, mediante a expedição do respectivo mandado de busca e apreensão (art. 241 do CPP), no qual devem ser especificados, dentre outros, o endereço a ser diligenciado, o motivo e os fins da diligência (art. 243 do CPP), o que, no entanto, não ocorreu. É de se destacar, também, que muitos dos bens apreendidos se encontravam em outras residências do condomínio e que o local onde o recorrente foi detido nem sequer era sua residência.

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. É o que 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. Na hipótese, a apreensão de diversos objetos supostamente relacionados à prática de crimes, tais como lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, não decorreu de mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo recorrente, mas sim de verdadeira pescaria probatória dentro da residência, totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturá-lo para fins de cumprimento do mandado de prisão. Ademais, conforme descrito no boletim de ocorrência, nenhum dos bens apreendidos se encontrava na posse do ora recorrente. A ordem judicial era, tão somente, de prisão. De igual modo, é de se ressaltar que o caso não revela qualquer possibilidade de fonte independente, porquanto não há nenhum elemento concreto capaz de indicar que os agentes estatais pudessem vir a localizar e apreender os referidos bens, se não houvesse o cumprimento do mandado de prisão no interior da residência.

8. Uma vez que não houve prévia autorização judicial para a realização de busca e apreensão na residência do recorrente, deve ser reconhecida a ilicitude das provas por tal meio obtidas e, por conseguinte, de todos os atos delas decorrentes (art. 157 do CPP).

9. Porque reconhecida a ilicitude das provas obtidas em desfavor do recorrente por meio da medida de busca e apreensão – da qual resultou, entre outros, a apreensão de celulares –, bem como de todas as provas das que delas decorreram, fica prejudicada a análise da alegação de que a decisão de quebra do sigilo eletrônico/telemático dos celulares apreendidos não teria sido concreta e suficientemente fundamentada.

10. Recurso em habeas corpus provido, a fim de reconhecer a nulidade da busca e apreensão de todos os bens efetuada em setembro de 2019 durante o cumprimento de mandado de prisão expedido em desfavor do

Superior Tribunal de Justiça

ora recorrente e, por conseguinte, declarar a ilegalidade da apreensão e revogar a constrição desses bens. Conseqüentemente, fica determinado o trancamento do IP n. 2270947-60.2019.200602, judicializado na forma do Processo n. 1528907-91.2019.8.26.0050 em São Paulo – SP.

GMRS7
RHC 153988

C526650-000112@
2021/0296876-6

C526650-000112@
Documento

14/04/2023
16:25:56
Página 5 de 16

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que o recorrente estava com mandado de prisão preventiva em aberto, que fora expedido pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Santos – SP, nos Autos n. 0012478-85.2014.403.6181.

A diligência foi cumprida, em setembro de 2019, pela Polícia Civil do Estado de São Paulo – SP, que obteve informações anônimas de que o investigado estava em determinada residência, situada em um condomínio privado na cidade de Angra dos Reis – RJ.

Após o ingresso na propriedade e efetuada a custódia preventiva do ora recorrente, os policiais, na ocasião do próprio cumprimento do mandado de prisão, apreenderam diversos objetos pessoais na residência (celulares, computadores, HD's, documentos etc.), sem que, no entanto, houvesse mandado de busca e apreensão para tanto.

Essa apreensão de diversos bens deu ensejo à instauração do IP n. 2270947-60.2019.200602, judicializado na forma do Processo n. 1528907-91.2019.8.26.0050 em São Paulo – SP, pela suposta prática dos crimes de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e associação para o narcotráfico.

Na sequência da investigação, a autoridade policial representou pela quebra do sigilo telemático dos 32 celulares e dos 5 computadores apreendidos quando da prisão, havendo o pleito sido deferido somente em relação aos celulares (fls. 128-129).

A defesa, então, impetrou o HC n. 2102770-08.2021.8.26.0000 no Tribunal de origem, por meio do qual requereu o reconhecimento da ilegalidade da busca e apreensão efetivada na residência em que estava o recorrente, bem como da nulidade da decisão que deferiu a quebra do sigilo telemático dos 32 celulares apreendidos. A ordem, no entanto, foi denegada, com base nos seguintes fundamentos (fls. 179-185):

A Ordem deve ser denegada, ressalvado posicionamento pessoal para seu não conhecimento porque não se trata de

matéria que represente risco à liberdade.

Isto porque: 1. conforme informações prestadas pela Autoridade Coatora (fls.124/127): a. “trata-se de inquérito policial instaurado para a apuração de crimes de organização criminosa, tráfico de drogas, associação para o tráfico de drogas, financiamento do tráfico de entorpecentes e lavagem de dinheiro, em tese praticados pelo paciente e demais investigados”; b. “o investigado foi alvo de mandado de prisão preventiva, expedido pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Santos/SP, nos autos nº 0012478-85.2014.403.6181, de modo que, durante o cumprimento da diligência, foram apreendidos diversos bens localizados na Estrada do Engenho, nº 26, Angra dos Reis/RJ, dentre eles 32 aparelhos celulares e 5 computadores, como também se depreende de boletim de ocorrência (fls. 1.437/1.444)”; c. “o Juízo do DIPO 4 Seção 4.2.1 deferiu representação policial para autorizar a quebra do sigilo telemático e “a pesquisa nas informações existentes na memória dos aparelhos eletrônicos apreendidos quando da prisão de ANDRE OLIVEIRA MACEDO (ex: lista de contatos, mensagens e aplicativos, fotos e vídeos), vedado a acesso, sem consentimento ou mediante nova autorização judicial, a dados supervenientes (interceptação telemática)”; d. “O Juízo do DIPO 4 Seção 4.2.1 determinou a redistribuição do feito a uma das Varas especializadas, com base na Resolução nº 811/2019 do E. Tribunal de Justiça de São Paulo (fl. 2.152), de modo que os autos foram recebidos por este Juízo, por meio de decisão que, dentre outras determinações, não acolheu a pretensão da Defesa do paciente (fls. 2.192/2.205) e reconheceu a licitude da apreensão dos aparelhos celulares e eletrônicos durante o cumprimento do mandado de prisão preventiva, pois “os policiais detinham autorização para ingressar no imóvel. E, ali lícitamente se encontrando, eles deveriam apreender todos os elementos que pudessem servir para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias, a teor do art. 6o, III, do CPP.

Nestes termos, tratando-se, em tese, de prática de delitos complexos, que envolvem uma série de tratativas de estratégias, revelava-se razoável supor que os eletrônicos encontrados no local pudessem armazenar elementos úteis à investigação criminal, o que conduz à licitude das apreensões, não apenas relacionados ao crime relativamente ao qual havia sido expedido mandado de prisão, mas relativamente a possíveis outros delitos que poderiam ter sido cometidos, como, aliás, constou do histórico do boletim de ocorrência, in verbis: 'Importante destacar que foram localizados mais de trinta aparelhos celulares na residência em que André estava escondido, este fato aliado à vida de luxo gozada por ele,

traz-nos subsídio para deflagração de Inquérito Policial para apuração da prática de crime de lavagem de dinheiro, especialmente, afetas à lancha e ao helicóptero' (fl. 2214)"; e. "a apreensão dos objetos não esteve ligada ao suposto delito a respeito do qual havia sido expedido mandado de prisão preventiva, porém esteve relacionada a outras possíveis infrações penais por ele relacionadas, a partir das circunstâncias fáticas verificadas no momento do cumprimento do mandado. Verifica-se, com isso, que a apreensão resultou de medida de busca pessoal, a qual, por sua própria natureza, independe de mandado, como dispõe o art. 244 do CPP, que inclusive autoriza a medida em caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, como no caso dos autos. Com isso, ilegalidade alguma há na decisão de fls. 1435/1436 que, ao contrário do que sustenta a Defesa, não precisaria ter descrito ou feito menção a cada um dos trinta e dois aparelhos celulares apreendidos." (fls.2.256/2.265)"; f. "Por outro lado, a mesma decisão deferiu parcialmente o pedido da Defesa para declarar a nulidade de dados eventualmente obtidos a partir do acesso aos aparelhos eletrônicos, ressalvados os aparelhos celulares, sem possibilidade de aproveitamento, uma vez que aqueles não foram abrangidos pela decisão judicial que autorizou o acesso aos dados dos aparelhos celulares (fls. 2.256/2.265)"; g. "Ato contínuo, este Juízo acolheu o pedido da autoridade policial (fls. 2.266/2.271 e 2.296/2.301) para reconsiderar a decisão de fls. 2.256/2.265 no tocante à declaração de nulidade de dados eventualmente obtidos a partir do acesso aos aparelhos eletrônicos, ressalvados os aparelhos celulares, sem possibilidade de aproveitamento, "porque, como indicado e demonstrado pela autoridade de Polícia Judiciária, e observado pelo Ministério Público, a medida foi autorizada no bojo dos autos nº 1529893-45.2019.2019.8.26.0050, suprindo-se, desta forma, os requisitos legais" (fls.2.361/2.365)"; 2. ainda que os temas trazidos na Impetração sejam matéria de mérito propriamente e só na regular instrução processual é que merecem debate, e não nesta sede restrita e específica (lembrando que os crimes imputados ao Paciente são de natureza permanente!), é de se considerar que: a. os materiais encontrados na residência em que o Paciente estava escondido - (diversos celulares), pelas características e quantidade, além da existência de outras investigações envolvendo o Paciente - são relevantes para presumir que se trata de indivíduo com conduta fora dos padrões legais e voltada à vida criminosa; b.

como bem colocado pela Procuradoria Geral da Justiça: “muito embora não houvesse prévio mandado para a realização da busca e apreensão quando da prisão preventiva do paciente, verifica-se que os agentes públicos tinham autorização para ingressar na residência, em virtude do mandado de prisão preventiva, não se podendo olvidar, ainda, que ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO também estava, na ocasião, em situação de flagrante delito de organização criminosa e branqueamento de ativos, o que autorizava, da mesma forma, a sua custódia e, por conseguinte, a apreensão de todos os bens que supostamente serviriam como objeto ou instrumento das infrações penais, bem como outras provas que, em tese, poderiam servir para a elucidação do fato criminoso” (fls.162, últimas linhas, e fls.163, primeiras linhas); c. a existência de fundados indícios da prática de crimes permanentes autoriza, não só o ingresso no domicílio e eventual prisão em flagrante do agente, como também a apreensão de supostos objetos instrumentos do crime; [...] 3. no mais, a decisão que autorizou a quebra do sigilo telefônico (fls.59/60) está fundamentada em termos regulares e suficientes, não merecendo qualquer reparo, destacado que “É certo que a memória de aparelhos eletrônicos (como celulares e computadores) permite acesso a um leque de informações pessoais, não tendo havido especificação de quais serão importantes à autoridade representante. Acontece que, a um, estas informações não serão divulgadas, apenas verificadas pelos agentes públicos (responsáveis por manter tudo em sigilo); a dois, é só com o efetivo acesso que se poderá aferir se há algo de importância investigativa.

A se ressaltar que não raro tal pesquisa traz à tona elementos extremamente relevantes boa parte das tratativas ilícitas atualmente ocorre via Whatsapp e sites de relacionamento (como o Facebook), isso sem contar as vezes em que criminosos gravam ou fotografam confissões ou mesmo o próprio cometimento do delito. Tenho que é razoável o requerimento”; 4. ressalte-se ainda que somente a falta de fundamentação é que gera nulidade, pois prejudica a garantia da ampla defesa. A fundamentação, ainda que sucinta e concisa, não tem o condão de produzir decisão nula.

Feitos esses registros, passo ao exame das teses defensivas.

II. Ausência de autorização judicial prévia para busca e apreensão

GMRS7
RHC 153988


2021/0296876-6


Documento

14/04/2023
16:25:56
Página 9 de 16

Conforme registrado anteriormente, **na ocasião do cumprimento do mandado de prisão preventiva expedido em desfavor do ora recorrente**, os policiais apreenderam 32 aparelhos celulares, além de 5 computadores, 2 jet-skis, 2 helicópteros, 1 lancha, 1 automóvel, 1 de diário de bordo da aeronave e acessórios de informática (modem e DVR's), sem que, no entanto, houvesse mandado de busca e apreensão para tanto. Eis o motivo pelo qual, na visão da defesa, seriam ilícitas todas as provas obtidas por meio dessa medida, bem como de todas as que delas decorreram, porque, segundo sustenta, "cumprimento de mandado de prisão preventiva não autoriza a realização de diligência informal e genérica de busca e apreensão" (fl. 199).

Segundo o disposto no art. 293 do CPP, *in verbis*:

Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

De acordo com o dispositivo mencionado, para ingressar em domicílio a fim de dar cumprimento a mandado de prisão, o executor primeiro deve intimar o morador a entregar o foragido e, depois, em caso de desobediência, se durante o dia, a autoridade – com duas testemunhas – poderá adentrar o imóvel.

No caso dos autos, além de não haver sido observado o procedimento legal previsto no referido dispositivo, nem sequer se sabia, com segurança, se o réu estava ou não dentro da casa, haja vista que o mandado de prisão foi cumprido a partir de **informações anônimas** de que o investigado estava em determinada residência. Não havia fundadas razões de que o alvo estaria, de fato, no interior daquela casa.

De todo modo, ainda que seguido o procedimento legal descrito no art. 293 do CPP e ainda que admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para a captura do recorrente a fim de dar cumprimento ao mandado de prisão, certo é que **isso não bastaria para validar a apreensão de diversos bens – aparelhos celulares, computadores etc. – dentro do referido local**. Quando o cumprimento do mandado de prisão ocorrer no domicílio do investigado, é permitido apenas o seu recolhimento e o dos bens que estejam na sua posse direta,

Superior Tribunal de Justiça

como resultado de uma busca pessoal (art. 240 do CPP), mas não de todos os objetos guardados no imóvel que possam, aparentemente, ter ligação com alguma prática criminosa.

Assim, a obtenção de elementos de convicção ou de possíveis instrumentos utilizados na prática de crime – ainda que seja ao tempo do cumprimento da ordem de prisão no domicílio do réu – **exige autorização judicial prévia, mediante a expedição do respectivo mandado de busca e apreensão (art. 241 do CPP)**, no qual devem ser especificados, dentre outros, o endereço a ser diligenciado, o motivo e os fins da diligência (art. 243 do CPP), o que, no entanto, **não ocorreu**. É de se destacar, também, que muitos dos bens apreendidos se encontravam em outras residências do condomínio e que o local onde o recorrente foi detido nem sequer era sua residência.

Nesse ponto, imperioso é fazer uma distinção entre autorização para ingressar em domicílio a fim de efetuar uma prisão e autorização para realizar busca domiciliar à procura de drogas, de armas ou de outros objetos supostamente relacionados à prática de crime(s).

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. É o que 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".

Ora, se mesmo de posse de um mandado de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, o executor da ordem deve se ater aos limites do escopo – vinculado à justa causa – para o qual se admitiu a excepcional restrição do direito fundamental à intimidade, **com muito mais razão isso deve ser respeitado quando o ingresso em domicílio ocorrer sem prévio respaldo da autoridade judicial competente (terceiro imparcial e desinteressado), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade**.

Vale dizer, 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*).

Conforme ensina Alexandre Morais da Rosa, um dos principais autores a tratar do tema no país:

Fishing Expedition ou Pescaria Probatória é a procura

GMRS7
RHC 153988


2021/0296876-6


Documento

14/04/2023
16:25:56
Página 11 de 16

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 fisgados, muito menos a quantidade [...]

[...]

A vedação ao *fishing expedition* é entendida como consequência lógica da garantia contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*). As origens históricas remontam às cortes eclesiásticas inglesas, em que, após colhido o juramento, procedia-se à investigação de acusações desconhecidas, em verdadeiro ato de pescaria (equivalente ao Juízo Final). Premida pelo juramento, a vida da pessoa era escrutinada. As garantias constitucionais colocam barreiras às práticas ilegais, embora os agentes oportunistas se valham das "brechas" legais ou instrumentalização dos institutos processuais.

[...]

No ambiente americano, a Corte Suprema (*Hickman vs. Taylor*; 1947) indicou que, ao mesmo tempo em que as regras não podem ser restritivas (impedir a apuração de condutas criminosas), **os limites legais devem ser respeitados, a saber, o ato não pode ser movido por má-fé ou com desvio de finalidade (vinculado à causa provável)**, de modo opressor e/ou vexatório, nem invadir o domínio de direitos reconhecidos. Trata-se de expediente, na definição de Philippe Melo e Silva, em que o órgão investigador pode se utilizar dos meios legais para, sem objetivo definido ou declarado, "pescar" quaisquer evidências a respeito de crimes desconhecidos ou futuros. Configura verdadeira devassa ampla e irrestrita do passado, presente e futuro do alvo (pessoa ou conduta suspeita), desprovida de "causa provável", isto é, fora do enquadramento normativo da investigação democrática.

[...]

A invasão de direitos fundamentais encontra regime restrito, em geral submetido à reserva de jurisdição. As cautelares probatórias ou investigações precisam definir antecipadamente o objeto, isto é, responder expressamente (diligência, pedido ou decisão judicial): quem, quando,

como, onde, por e para quê, o que, com que motivação. Do contrário, não preenchem os pressupostos e requisitos legais. A decisão judicial deve motivar de modo adequado, sob pena de nulidade (CPP, artigo 315, §2º). A prática da "pescaria probatória" promove atalho abusivo, por meio da desconsideração da prévia exigência de decisão judicial.

5) Hipóteses de Pescaria Probatória: A criatividade dos agentes públicos oportunistas no "aproveitamento" de diligências, com ou sem autorização, para colocar em prática a expedição probatória pode se configurar, dentre outras hipóteses: a) busca e apreensão sem alvo definido, tangível e descrito no mandado (mandados genéricos); b) vasculhamento de todo o conteúdo do celular apreendido; c) continuidade da Busca e Apreensão depois de obtido o material objeto da diligência; g) buscas pessoais (ou residenciais) desprovidas de "fundada suspeita" prévia e objetiva.

[...]

A diligência de busca e apreensão, por exemplo, não é um direito ao "scanner" da casa do alvo, ou seja, obtido o objeto da medida cautelar, inexistindo crime permanente ou objetos encontrados no decorrer da diligência, a continuidade da "devassa", revirando gavetas e demais cômodos etc., configura excesso e/ou abuso de atuação policial (desvio de finalidade). O encontro fortuito se dá antes da obtenção do objeto do mandado de busca e apreensão. Cumprida a finalidade do mandado, a diligência deve cessar. O que se encontrar depois estará contaminado pela ilegalidade (configura *'fishing expedition'*). Prevalece a necessidade de comprovação, por parte do Estado, de nexos de causalidade entre o objeto da medida e os elementos amealhados. A vinculação causal deveria estar limitada pela própria decisão que autoriza a medida. Se a decisão não limita, toda a apreensão é ilegal.

(ROSA, Alexandre Morais da, *Guia do Processo Penal Estratégico*: de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021, p. 389-397, destaquei).

Ilustrativamente, menciono o seguinte julgado desta Corte em que se reconheceu a ilicitude da apreensão de drogas, porque, ao darem cumprimento a mandado de prisão, os policiais levaram consigo um cão farejador e fizeram busca por substâncias entorpecentes na residência do acusado, sem justa causa para tanto:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO AUTORIZAÇÃO PELO AGENTE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências.

2. No caso, o agente foi flagrado em sua própria residência em posse de 5 g (cinco gramas) de crack.

3. O cumprimento de mandado de prisão não justifica a realização de busca na residência do agente, procedimento que demanda autorização judicial expressa ou a autorização explícita e espontânea do réu, o que não ocorreu in casu, como consignado corretamente na sentença absolutória.

4. Na mesma linha a manifestação da Procuradoria-Geral da República, para quem, "diante da ilegalidade no ingresso dos policiais na residência do paciente, deve ser reconhecida a invalidade das provas obtidas mediante violação domiciliar, bem como restabelecida a absolvição aplicada pelo juízo sentenciante".

5. Habeas corpus concedido para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio, com o consequente restabelecimento da sentença absolutória, acolhido o parecer ministerial.

(HC n. 695.457/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe, 11/3/2022, grifei)

Faço menção, ainda, ao **HC n. 663.055/MT** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**, DJe 31/3/2022), em que esta colenda Sexta Turma reconheceu ser 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 Supremo Tribunal Federal, embora nem sempre haja feito uso da expressão norte-americana, também já enfrentou essa questão algumas vezes,

ocasiões nas quais apontou, categoricamente, para a ilegalidade dessa prática. Nesse sentido, menciono, por todos, o **AgRg no Inq n. 2.245//MG**, de relatoria do Ministro **Joaquim Barbosa**, em que o Pleno do Tribunal reconheceu como ilegítima a quebra de sigilo bancário com base em uma lista genérica, com nome de pessoas não diretamente relacionadas com as investigações (art. 5º, X, da CF).

Retomando ao caso dos autos, é de se registrar que, mesmo se admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para captura do acusado – em cumprimento ao mandado de prisão preventiva expedido em seu desfavor –, nota-se, com clareza, a partir das premissas teóricas acima fundadas, que **houve evidente desvirtuamento da finalidade no cumprimento do ato**.

Isso porque a apreensão de diversos objetos supostamente relacionados à prática de crimes, tais como lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, **não decorreu de mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo recorrente, mas sim de verdadeira pescaria probatória dentro da residência, totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturá-lo para fins de cumprimento do mandado de prisão**.

Ademais, conforme descrito no Boletim de Ocorrência n. 61/2019 (fls. 46-54 do IP) e no Auto de Exibição e Apreensão (fls. 55-69 do IP), **nenhum dos bens apreendidos se encontrava na posse do ora recorrente**. A ordem judicial era, tão somente, de prisão. De igual modo, é de se ressaltar que o caso **não revela qualquer possibilidade de fonte independente**, porquanto não há nenhum elemento concreto capaz de indicar que os agentes estatais pudessem vir a localizar e apreender os referidos bens, se não houvesse o cumprimento do mandado de prisão no interior da residência.

Não se desconhece que a busca e apreensão domiciliar pode ser de grande valia à cessação de crimes e à apuração de sua autoria. No entanto, é de particular importância consolidar o entendimento de que o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de objetos ou papéis que constituam corpo de delito representa legítima intervenção restritiva apenas se devidamente amparada em justificativas e elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, sem o que os direitos à privacidade e à inviolabilidade do lar serão vilipendiados.

Diante de tais considerações, uma vez que não houve prévia autorização judicial para a realização de busca e apreensão na residência do recorrente, deve ser reconhecida a **ilicitude das provas por tal meio obtidas e, por conseguinte, de todos os atos delas decorrentes** (art. 157 do CPP).

A propósito, faço lembrar que a essência da Teoria dos Frutos da *Árvore Envenenada* (melhor seria dizer venenosa, tradução da *fruits of the*

poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, repudia as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra contaminada por ilicitude original.

III. Decisão judicial que deferiu a quebra do sigilo telemático dos aparelhos celulares apreendidos

A defesa aduz, ainda, que "a decisão cautelar que deferiu o acesso aos 32 celulares é ilegal por vício de fundamentação" (fl. 200), porquanto deixou de explicitar em que consistiria a imprescindibilidade da quebra dos sigilos de dados eletrônicos/telemáticos.

Não obstante os argumentos despendidos pela defesa, certo é que, porque reconhecida a ilicitude das provas obtidas em desfavor do recorrente por meio da medida de busca e apreensão – da qual resultou, entre outros, a apreensão dos 32 celulares –, bem como de todas as provas das que delas decorreram, **fica prejudicada** a análise da alegação de que a decisão de quebra do sigilo eletrônico/telemático dos celulares apreendidos não teria sido concreta e suficientemente fundamentada.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso em habeas corpus**, a fim de reconhecer a nulidade da busca e apreensão de todos os bens efetuada em setembro de 2019 durante o cumprimento de mandado de prisão expedido em desfavor do ora recorrente e, por conseguinte, declarar a ilegalidade da apreensão e revogar a constrição desses bens.

Ainda, uma vez reconhecida a ilicitude das provas por tal meio obtidas e, por conseguinte, de todos os atos delas decorrentes, determino o **trancamento** do IP n. 2270947-60.2019.200602, judicializado na forma do Processo n. 1528907-91.2019.8.26.0050 em São Paulo – SP.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2021/0296876-6

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 153.988 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15289079120198260050 21027700820218260000 214788520144036181
2270947602019200602 548473520198260050 548490520198260050
548508720198260050 5488465020198260050

EM MESA

JULGADO: 11/04/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANDRE OLIVEIRA MACEDO (PRESO)
ADVOGADOS : AURY CELSO LIMA LOPES JÚNIOR - RS031549
ANDERSON DOS SANTOS DOMINGUES - SP221336
AUREO TUPINAMBA DE OLIVEIRA FAUSTO FILHO - SP311063
AURY CELSO LIMA LOPES JUNIOR - DF058251
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MOACIR SILVA MARTHO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Ação Penal - Provas - Prova Ilícita

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). AURY CELSO LIMA LOPES JUNIOR, pela parte RECORRENTE: ANDRE OLIVEIRA MACEDO

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião Reis Júnior e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

 2021/0296876-6 - RHC 153988