RECURSO ESPECIAL Nº 1.796.476 - RS (2019/0045137-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	MAICON JEAN DA SILVEIRA LIMBERGER
RECORRIDO	:	MARIZANE DOS SANTOS SILVEIRA
ADVOGADO	:	VILSON ROBERTO POHLMANN - RS023959

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, em desfavor de acórdão, assim ementado:

> *APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO DESAUTORIZADO NO ÂMBITO DOMICILIAR. PARADIGMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILICITUDE PROBATÓRIA. JUÍZO ABSOLUTÓRIO.*
>
> *Nos termos do disposto no artigo 5°, inciso XI, da Constituição Federal, o ingresso dos policiais no âmbito domiciliar, quando nos casos de flagrante delito, exige a certeza anterior quanto à situação de flagrante. A mera suspeita da prática delitiva autoriza exclusivamente a realização de diligências e a representação por mandado judicial de busca. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário n.° 603616, consagra 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." A mera suspeita continua não sendo elemento apto a justificar a medida excepcional de ingresso em domicílio, sem o devido mandado de busca e apreensão ou situação de flagrante delito. Na hipótese, os policiais militares tomaram conhecimento dos fatos descritos na exordial somente após o ingresso no imóvel, desprovidos de mandado de busca e apreensão ou situação de flagrante delito. De acrescer que a simples fuga do réu ao interior do imóvel ao visualizar a aproximação da guarnição policial não se mostra elemento suficiente a caracterizar a situação de flagrante delito, a excepcionar a ação policial. No caso concreto, não há qualquer outro elemento de prova que poderia embasar a condenação que não o produzido ilegalmente apreendido. Absolvição impositiva. Juízo condenatório reformado.*
>
> *DE OFÍCIO, RECONHECIDA A ILICITUDE DA PROVA.*

RÉUS ABSOLVIDOS. RECURSOS PREJUDICADOS (fl. 452).

A acusação apontou ofensa aos arts. 33, *caput*, da Lei n° 11.343/06, 302, inciso I, 303, 240, § 1°, e 386, inciso VII, todos do Código de Processo Penal – CPP.

Sustenta que *"ao contrário do que ficou decidido no acórdão, havia situação de flagrância autorizadora do ingresso em residência, de forma que não ocorreu a aventada invasão de domicílio, causa da suposta ilicitude das provas coligidas aos autos"* (fl. 490).

Alega que *"o ingresso na residência estava plenamente justificado, porquanto foram apreendidas drogas e outros itens que demonstram, extreme de dúvidas, a prática de tráfico ilícito de entorpecentes em associação pelos réus"* (fl. 490), pois se trata de crime permanente e a busca realizada foi legítima.

Assevera que as fundadas razões podem ser justificadas *a posteriori*, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, devendo ser afastada a absolvição dos réus.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 532-545. O recurso especial foi admitido na origem (fls. 578-587). O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 601-609)

É o relatório. Decido.

A irresignação não merece prosperar.

Com efeito, esta Corte se posicionou no sentido de que é prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais ingressem no domicílio do acusado, desde que existam fundadas razões de prática de ilícito, configurando, assim, o flagrante de crime.

Na hipótese, não ficaram demonstradas as fundadas suspeitas de que estaria sendo cometido um delito na residência.

O v. aresto recorrido reconheceu, de ofício, a ilicitude das provas, aduzindo (fls. 464/465 e 468/469):

> *A dúvida que se estabelece diz respeito à forma como os policiais se certificaram da suspeita. Ao avistarem o réu Maicon correndo para o interior de uma residência, os agentes violaram a*

garantia enunciada no artigo 5°, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

Como regra, a mera suspeita não autoriza a violação do domicílio sem o respectivo mandado judicial. Para tanto, é imprescindível a existência de fundadas razões da situação de flagrante delito.

Efetivamente, a Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do domicílio dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, prevendo, já no próprio seu artigo 5°, inciso XI,1 as exceções a esta garantia, dentre as quais se destaca o flagrante delito.

Ocorre que estas exceções e, portanto, também os casos de flagrante delito, enquanto exceções, devem ser interpretadas restritivamente. A regra geral é a inviolabilidade. Assim, mesmo nos casos dos delitos permanentes, como no tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo, a mera suspeita da situação de flagrante não autoriza o ingresso no domicílio. Para tanto se exige a existência de fundadas razões - ex ante - da prática atual do crime, caso em que estará autorizada a autoridade policial a ingressar na residência. A mera suspeita, repiso, justifica a realização de diligências e a expedição de mandado de busca para a regular verificação.

[...]

Na hipótese, conforme se observa da prova oral colhida em juízo, os policiais militares tomaram conhecimento do suposto fato delituoso descrito na exordial somente após o ingresso no imóvel, desprovidos de mandado de busca e apreensão ou situação de flagrante delito. Anoto, por oportuno, que a simples fuga do acusado Maicon para interior do seu imóvel não se mostra elemento suficiente a caracterizar a situação de flagrante delito, a excepcionar a ação policial.

[...]

Inegavelmente, os policiais militares só tomaram conhecimento da suposta prática do crime de tráfico de drogas quando já haviam ingressado no imóvel habitado pelos réus.

Assim, tenho que o ingresso em residência, sem o devido mandado de busca e apreensão ou situação de flagrante delito, torna a prova absolutamente ilícita.

Neste ponto, sublinho que entendo a busca domiciliar como medida excepcional, a qual, conforme preceitua o artigo 240, § 1º c.c. artigo 241, ambos do Código de Processo Penal, somente se procede mediante a expedição de mandado. Mais. Somente poderá ocorrer tal busca diante de':, autorização judicial, ou ainda nas hipóteses/exceções previstas constitucionalmente - conforme dispõe o artigo 5°, XI, da Constituição Federal/1988 -, ou seja, com o consentimento do morador ou em flagrante delito.

Sublinho que nos crimes de natureza permanente, como é o tráfico de drogas" e a posse ilegal de arma de fogo, a vaga suspeita de

prática dos crimes não coloca o suspeito em situação de flagrância. E sendo assim, resta afastado o direito à inviolabilidade do domicílio.

Assim, não demonstrada, em momento algum, a existência de fundadas razões de ocorrência de crime no interior da residência a autorizar o ingresso, sem o devido mandado judicial, fica caracterizada a ilicitude das provas obtidas em tal diligência. O entendimento do acórdão recorrido não destoa da orientação jurisprudencial desta Corte.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. BUSCA DOMICILIAR. FALTA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DE PROVAS CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*
>
> *1. Diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo paciente, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a permitir o ingresso em seu domicílio, sem seu consentimento - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial (HC n. 415.332/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 21/8/2018).*
>
> *2. Hipótese em que a invasão de domicílio pelos policiais se fundou tão somente no fato de o paciente ter adentrado rapidamente a sua residência quando avistou a viatura, o que não caracteriza elemento objetivo, seguro e racional apto a justificar a medida.*
>
> *3. Ordem concedida para, reconhecida a ilicitude do ingresso dos policiais no domicílio do ora paciente, determinar o trancamento da Ação Penal n. 0000076-04.2017.8.26.0592, da Vara Criminal da comarca de Tupã/SP.* (HC 435.465/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 09/11/2018).

> *RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão*

geral, 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 (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

2. Em nenhum momento, foi explicitado, com dados objetivos do caso, em que consistiria eventual atitude suspeita por parte do acusado, externalizada em atos concretos, tampouco foi feita menção a eventual movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. Não há referência a prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que, quando o recorrido avistou os policiais militares, empreendeu fuga.

3. Uma vez que não há nem sequer como inferir, de fatores outros que não a mera fuga ante a iminente abordagem policial, que o recorrido estivesse praticando delitos de tráfico de drogas, de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, ou mesmo outro ato de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, não há razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, ainda que tenha havido posterior descoberta e apreensão, no domicílio do acusado, de drogas e de arma de fogo de uso restrito, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância.

4. No caso, houve mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo ora recorrido, o que não configurou, por si só, "fundadas razões" a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial.

5. Recurso especial não provido (REsp 1.690.854/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 20/03/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE DELITO. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE DA MEDIDA. PROVA ILÍCITA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal é firme de que, sendo o crime de tráfico de drogas, nas modalidades guardar e ter em depósito, de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja consumação se protrai no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o

art. 5º, XI, da Constituição Federal. Precedentes.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse mesmo sentido, com o alerta de que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito (RE 603.616/RO, Relator Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe 10/5/2016).

3. Hipótese em que na ausência de elementos concretos ou investigações prévias que confirmassem a denúncia anônima acerca da ocorrência do tráfico de drogas na residência do réu, é ilícita a prova colhida mediante violação domiciliar. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.704.746/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2018).

Diante do exposto, com fundamento no art. 932, inc. IV, "a", do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, nego provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator