

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):

Preliminarmente, cumpre assinalar o não conhecimento da impetração, como bem anotado no ato coator, em razão da incidência da Súmula 691 /STF.

Nada obstante, no caso dos autos, depreendo a existência de ilegalidade aferível de pronto.

Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a concessão da ordem de ofício configura providência a ser tomada em casos excepcionais, em que a ilegalidade deve ser cognoscível de plano, o que, no caso concreto, se verifica.

1. BREVE RELATO DO CASO CONCRETO

Na fase investigativa policiais afirmaram que estavam em patrulhamento de rotina quando perceberam indivíduo que, ao notar a viatura policial, correu para o interior de sua residência. A atitude, classificada como “suspeita”, teria justificado o ingresso domiciliar na casa onde teria o investigado adentrado:

*“Que é policial militar e hoje, na data e hora do fato, estavam em patrulhamento ostensivo a bordo da VTR M04105 juntamente com o SD Ezequias pela Rua Araçatuba quando **avistaram um indivíduo em frente a uma residência, situada no numeral 92, que assim que avistou a viatura correu para o seu interior, agindo de maneira suspeita ; Que por conta disso, desembarcaram e foram averiguar entrando na residência;** Que logo o interceptaram e indagaram sobre o motivo, nada informando; Que em seguida procederam buscas na residência e encontraram sobre o sofá uma porção de droga, aparentando ser maconha; Que em continuidade nas buscas, lograram êxito em localizar mais uma grande quantidade de droga sobre a cômoda do quarto; Que encontraram também papel alumínio e um caderno; Que o identificaram como João Marcos Ortiz Mendez e indagando sobre as drogas, afirmou que é traficante de drogas e que as comercializa para sustentar a filha; Que indagado sobre lesões que possuía no rosto,*

afirmou que havia brigado com um usuário no dia anterior; Que o encaminharam ao PS Lapa para cuidados médicos; Que lhe deram voz de prisão e o conduziram até esta unidade policial para tomada das providências legais de polícia judiciária.” (eDOC.2, p. 50, grifei).

“Que patrulhava com o CB Magno pela Rua Araçatuba, quando **avistaram um indivíduo em frente a uma residência, situada no numeral 92, que assim que avistou a viatura correu para seu interior, agindo de maneira suspeita; Que por conta disso, desembarcaram e foram averiguar adentrando na residência;** Que logo o interceptaram e indagaram sobre o motivo, nada informando; Que em seguida procederam buscas na residência e encontraram sobre o sofá uma porção de droga, aparentando ser maconha; Que em continuidade nas buscas, lograram êxito em localizar mais uma grande quantidade de droga sobre a cômoda do quarto; Que encontraram também papel alumínio e um caderno; Que o identificaram como João Marcos Ortiz Mendez e indagando sobre as drogas, afirmou que é traficante de drogas e que as comercializa para sustentar a filha; Que indagado sobre lesões que possuía no rosto, afirmou que havia brigado com um usuário no dia anterior; Que o encaminharam ao PS Lapa para cuidados médicos; Que lhe deram voz de prisão e o conduziram até esta unidade policial para tomada das providências legais de polícia judiciária. Nada mais disse nem lhe foi perguntado.” (eDOC.2, p. 51, grifei).

O depoimento dos policiais foi, já em fase inquisitorial, refutado pelo ora paciente, relatando, em suma que:

“ **Que estava dentro de sua residência, no seu quarto, quando policiais bateram à sua porta; Que alegaram ter uma denúncia de crime naquela residência, o que negou; Que abriu a porta e os policiais lhe detiveram; Que durante a detenção foi agredido na região da face, das costas e nas pernas; Que depois os policiais entraram em sua residência e encontraram umas trezentas gramas de maconha no quarto; Que afirma ser usuário de drogas e que aquilo era para seu consumo;** Que comprou a droga dias antes e tal quantidade seria consumida durante meses; Que os policiais lhe acusaram de tráfico de drogas; **Que os policiais colocaram uma arma dentro de sua boca e lhe ameaçaram constantemente;** Que depois disso, foi encaminhado ao PS Lapa onde recebeu cuidados médicos e posteriormente até esta unidade policial; Que esclarece que é estudante do supletivo e atualmente não trabalha, só fazendo bicos; Que recebe uma mesada de seus familiares; Que reside sozinho na residência. Nada mais disse nem lhe foi perguntado.” (eDOC.2, p. 52, grifei).

Na audiência de custódia (eDOC.3, p. 22), o Juiz entendeu que o flagrante era regular, afirmando, ainda, que a alegação de abuso de autoridade por parte dos policiais militares estava sendo apurada em outros autos. Ademais, aduziu que o paciente teria franqueado o ingresso dos policiais, circunstância aparentemente sem respaldo no caderno investigatório, pois não constou, nem do relato das testemunhas (eDOC.2, p. 50-51), nem do depoimento do acusado (eDOC.2, p. 52), nem mesmo do relatório final do Delegado de Polícia (eDOC.2, p. 81-82).

Nada obstante o reconhecimento da validade da prisão, o Juízo singular entendeu por não preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP, concedendo, por conseguinte, liberdade provisória, cumulada com medidas cautelares diversas da prisão.

Após, o paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, novamente constando da descrição fática a “*atitude suspeita*” do ora paciente e a suposta autorização para ingresso domiciliar:

“Consta do incluso inquérito policial que, no dia 20 de outubro de 2018, por volta das 16h, na Rua Araçatuba, nº 92, Lapa, nesta capital, JOÃO MARCOS ORTIZ MENDES, qualificado às fls.18, tinha em depósito e guardava, para consumo de terceiros, 247.9 g de maconha, (auto de exibição e apreensão a fls. 09 e laudo de constatação a fls. 12 /14), substância esta relacionada na Portaria SVS/MS 344/98 e que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, o denunciado guardava no interior da sua residência, a quantidade de droga acima referida, para consumo de terceiros.

*Policiais militares realizavam patrulhamento de rotina no local quando avistaram o denunciado em frente ao imóvel e, ao notar a aproximação da viatura, **em atitude suspeita**, correu para seu interior. Por esta razão, os policiais decidiram averiguar. **Após o denunciado ter franqueado a entrada no local**, os policiais encontraram no interior da residência, em cima do sofá, uma porção da droga, e o restante na cômoda do quarto. Indagado informalmente, admitiu ser traficante de drogas.*

Autuado em flagrante e interrogado perante a Autoridade Policial, contudo, confessou a posse da maconha, mas alegou que a tinha para consumo próprio (fls.05).

*Diante o exposto, DENUNCIO à V. Exa. JOÃO MARCOS ORTIZ MENDES como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, requerendo seja recebida esta, citando-o e intimando-o para ofertar*

defesa preliminar, ouvindo-se as testemunhas do rol abaixo, observando-se, no mais, o rito previsto no artigo 54 e seguintes da Lei 11.343/2006, até final decisão condenatória.” (eDOC.3, p. 50-51):

Em defesa prévia (eDOC.3, p. 68), o impetrante requereu, preliminarmente, a rejeição da denúncia por: a) ilicitude da prova colhida, uma vez que *“nunca houve, “denúncia anônima”, “investigação em andamento”, “ato de mercancia” ou qualquer outro indício/prova”* que permitisse o ingresso dos policiais no domicílio do paciente sem a sua respectiva autorização; e b) ausência de justa causa, porquanto *“na residência do Denunciado não foram encontrados quaisquer elementos sugestivos de mercancia, v.g., dinheiro, caderno com anotações de clientes, diversidade de drogas etc.”*. No mérito, pleiteou pela desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei de Drogas, afirmando que o paciente é *“mero usuário, sendo certo que ele havia comprado a droga apreendida apenas dias antes, para consumi-la em alguns meses”*.

O Juiz de 1º grau rejeitou os argumentos suscitados, entendendo pela validade da incursão domiciliar, uma vez mais assentando a *“atitude suspeita”* do acusado, e concluiu por receber a denúncia nos seguintes termos:

“1) Em que pesem as alegações expendidas pela Defesa, RECEBO A DENÚNCIA ofertada contra JOÃO MARCOS ORTIZ MENDES, por verificar a presença de elementos suficientes quanto à materialidade e à autoria delitiva, vinculando o réu ao crime que lhe foi imputado na denúncia.

*Observo que as provas colhidas na fase de inquérito policial não foram obtidas de forma ilícita, como alegado pela Defesa, pois, segundo narra a denúncia, o acusado teria apresentado atitude **suspeita**, o que ensejou a realização de diligências em seu domicílio e a realização de sua prisão em flagrante delito.*

Constata-se, portanto, que os policiais teriam ingressado na residência do acusado em virtude da situação de flagrância por eles identificada, tendo agido, pelo que tudo indica, em estrito cumprimento de seu dever legal, inexistindo, em princípio, qualquer abuso ou coação.

De todo modo, os relatos apresentados pela Defesa já foram comunicados às Corregedorias das Polícias Civil e Militar para ciência e eventuais providências cabíveis (cf. fls. 160/161)

De outro lado, também não há que se falar em inépcia ou ausência de justa causa para ação penal, pois há indícios de autoria e

materialidade delitiva no caso vertente, já que teriam sido localizados entorpecentes supostamente destinados ao tráfico na residência do acusado” (eDOC 4, p. 15-16).

Na sequência, o paciente impetrou *habeas corpus* no TJSP e, em seguida, o HC 501.815/SP no Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação de que a denúncia fora recebida com base em provas ilícitas. O pleito, contudo, foi indeferido liminarmente, tanto na instância recursal, como na instância superior:

“A análise sumária da inicial não autoriza inferir pelo preenchimento dos requisitos típicos da medida liminar.

Isso porque, em verdade, a matéria arguida diz respeito ao próprio mérito do writ, escapando, portanto, aos restritos limites de cognição da cautelar, que há de ser deferida apenas nos casos em que exsurge flagrante a ilegalidade afirmada.

Indefere-se, pois, a liminar.

Solicitem-se informações da autoridade judiciária apontada como coatora, com posterior remessa dos autos à douta Procuradoria Geral de Justiça.” (Trecho da decisão proferida pelo TJSP - eDOC.4, p. 73)

“A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do writ, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do habeas corpus como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente mandamus, porquanto substitutivo de recurso de agravo regimental.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem de ofício e liminarmente.

Pelo que se afere da exordial, o habeas corpus investe contra denegação de liminar. Ocorre que, ressalvadas hipóteses excepcionais, não é cabível a utilização do instrumento heroico em situação como a presente, sob pena de ensejar supressão de instância.

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar" (Súmula n. 691/STF).

No caso, também incabível o presente mandamus, porquanto está configurada absoluta supressão de instância com relação a todas as questões expostas.

Ora, a matéria aqui ventilada não foi apreciada na origem e, diante disso, o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca do tema da presente impetração, ficando impedida esta Corte de proceder à sua análise, sob pena de indevida supressão de instância." (Trecho da decisão proferida pelo STJ - eDOC.4, p. 82).

Após a impetração do presente remédio constitucional e deferimento da medida liminar, o TJSP julgou o mérito do writ, denegando a ordem nos seguintes termos:

"O paciente foi denunciado porque tinha em depósito e guardava, para fins de tráfico, 247,9 gramas de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 122 e 123).

*Consta dos autos que policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo no bairro da Lapa, quando avistaram o paciente em frente a uma residência localizada na Rua Araçatuba, 92. **Ao perceber a aproximação da viatura, o paciente correu para o interior da casa, atitude que levou os milicianos a entrarem no imóvel e realizarem a abordagem,** sendo certo que encontraram, sobre o sofá da sala e em uma cômoda do quarto, 247,9 gramas de maconha, que o paciente disse que consumiria em alguns meses (fls. 68 a 70).*

Ante a ocorrência de tais fatos, a Autoridade Policial ratificou a voz de prisão dada pelo condutor e tipificou a conduta de João Marcos como tráfico de entorpecentes.

Regular, pois, a prisão em flagrante do paciente, cujo auto respectivo se acha formalmente perfeito.

Ademais, como cediço, o delito de tráfico de entorpecentes, na modalidade "ter em depósito", classifica-se como um crime permanente, aqueles cuja consumação se protraí no tempo, e, assim, tratando-se de flagrante, o mandado de busca e apreensão era totalmente dispensável e sua ausência não tem o condão de macular a diligência policial, nos termos do artigo 5º, XI, da Constituição Federal, não havendo se falar em 'invasão de domicílio' por parte dos policiais ou em ilicitude da prova amealhada, que segundo os impetrantes, levaria ao trancamento da ação penal.

(...)

Acresça-se que, em casos envolvendo a prática de delitos, o direito à intimidade deve ser sopesado com os demais princípios constitucionais consagradores do Estado Democrático de Direito.

(...)

Eugênio Pacelli de Oliveira ensina: “a autorização constitucional para o ingresso em residência durante situação de flagrante delito prevalece em razão do risco aos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade e de quem seja o proprietário ou morador da residência. Assim, ainda que o delito no interior da residência esteja sendo praticado pelo seu proprietário, qualquer pessoa do povo estará autorizada a ingressar na casa para a proteção dos aludidos bens (vida, liberdade sexual, patrimônio etc.). Evidentemente, a prova assim obtida nada terá de ilícita, quer quanto à sua obtenção, quer quanto à sua produção e valoração no processo.

Nada terá de ilícita por uma razão bem simples: o Direito, salvo raras exceções, não protege as ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico. De outro modo: o Direito não protege as ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico. De outro modo: o Direito não protege as violações praticadas contra ele mesmo (Direito).

À evidência, ninguém poderá argumentar, no interior de sua residência, que tem o direito e ali estuprar ou matar a pessoa de sua preferência, por se encontrar supostamente protegido pela inviolabilidade de domicílio. Esta inviolabilidade existe e somente existirá na medida e nos limites em que o seu titular estiver no exercício de seu legítimo direito (à intimidade, à privacidade, por exemplo).

*Do mesmo modo, pelo fato de existir norma penal incriminadora da conduta de manter em depósito substância entorpecente (Lei nº 11.343/06), essa mesma pessoa não poderá alegar o seu direito à inviolabilidade do domicílio em razão de não se encontrar no exercício de qualquer um de seus direitos individuais. **Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional** (in Curso de Processo Penal, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 371).*

Por fim, as alegações de que a droga apreendida seria destinada ao próprio consumo do paciente dizem respeito do mérito da causa e serão analisadas no momento oportuno.

Não se constatando, assim, a ilicitude da prova constante nos autos, impossível o pretendido trancamento da ação penal, impondo-se a denegação da ordem.” (eDOC.25, p. 11-14, grifei).

O STJ, por sua vez, negou provimento ao agravo regimental interposto pelo impetrante, mantendo a decisão monocrática do Relator por seus próprios fundamentos:

“No que tange à suposta nulidade absoluta, configurada pela realização de prisão em flagrante, esta Corte, há muito, firmou o entendimento de que, “Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito [...] Precedentes. (RHC 94.061/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/04/2018).

Saliente-se, ademais, que, tratando-se de crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, de natureza permanente, a ação se prolonga no tempo, de modo que, enquanto não cessada a permanência, haverá o estado de flagrância, o que possibilita a prisão, diga-se novamente, por qualquer do povo e sem mandado.

(...)

Nesse sentido, autorizada a prisão em flagrante pela legislação e jurisprudência pátria, não há falar, no caso concreto, em situação ilegal pela “inexistência” de denúncia anônima, pela inexistência dos respectivos mandados de prisão, assim como dos de busca e apreensão do material ilícito, pois tanto a prisão quanto a apreensão das drogas e outros ilícitos são mera consequência lógica da situação de flagrância advinda da natureza permanente dos crimes em comento.

(...)

Por fim, destaque-se que, no presente agravo regimental, não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

(...)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto.”
(eDOC.25, p. 37-55, grifei).

Por último, interpôs o ora impetrante recurso extraordinário, que também teve seguimento negado pelo STJ nos seguintes termos:

“O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº. 603.616, sob o regime de repercussão geral, firmou a tese 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" (Tema 280/STF).

(...)

E, na espécie, o acórdão recorrido manteve a decisão do relator que concluiu que o ingresso em domicílio sem mandado judicial estava amparado em fundadas razões, devidamente justificadas, por se tratar de hipótese de prisão em flagrante delito. A propósito, cumpre transcrever trechos da fundamentação do aresto (fls. 405/407):

Da decisão impugnada, entretanto, colhe-se que analisou de forma devidamente fundamentada os pontos apresentados, vejamos seus termos (fls. 349-365):

(...)

Verifica-se, portanto, que o acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral (Tema 280/STF), impondo-se, assim, a negativa de seguimento ao recurso extraordinário.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário." (eDOC.25, p. 58-60,grifei)

Ainda inconformado, o impetrante interpôs agravo regimental contra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, sendo o pleito, mais uma vez, rejeitado (eDOC.25, p. 62-66).

2. PANORÂMA NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL

Como se nota das decisões proferidas pelas instâncias antecedentes o ingresso domiciliar fora motivado, basicamente, em razão: a) da ação desenvolvida pelo acusado durante a diligência policial - *correu em via pública ao avistar a viatura e, na sequência, adentrou a uma residência;* e b) da valoração que se fez acerca dessa ação - *atitude compreendida como suspeita.*

Tais fundamentos, porém, não atendem à exigência expressa na legislação quanto à demonstração de hipótese de flagrante delito (art. 5º, XI, da Constituição Federal e art. 302 do CPP); não se conformam aos parâmetros da consolidada jurisprudência desta Suprema Corte (Tema 280); tampouco atendem à exigência de adequada motivação dos atos judiciais (art. 5º, LXI, da CR/88).

Partindo da noção de inviolabilidade domiciliar, rememore-se a redação do art. 5º, XI, da Constituição Federal: “ **a casa é asilo inviolável do**

indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, **salvo em caso de flagrante delito** ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (grifei).

A mitigação ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar é admitida, no que interessa ao caso dos autos, em hipótese de flagrante delito, espécie de prisão que encontra definição no Código de Processo Penal:

“Art.302.Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II- acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

Os dois dispositivos acima devem ser lidos ainda em conjunto com o RE 603616/RO, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, que estabeleceu balizas mais seguras para atuação judicial e policial, no que pertine à excepcionalidade prevista à inviolabilidade domiciliar, dando contornos à tese, aprovada em regime de repercussão geral, que conta com a seguinte redação:

“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” (Tema 280).

Desse panorama normativo e jurisprudencial dessumem-se limites claros à atuação policial em caso de entrada forçada em domicílio: a) devem haver **fundadas razões** que indiquem a ocorrência de **situação de flagrante delito**; b) a constatação da fundada razão de flagrante delito deve ser aferida **antes do ingresso** ao domicílio, não convalidando a prova eventual encontro posterior de instrumento ou prática criminosa.

No caso presente, já pelo cotejo preliminar entre a legislação e o caso dos autos, não há como se extrair da circunstância justificadora anotada pela autoridade policial -“ **avistaram um indivíduo em frente a uma residência, (...) que assim que avistou a viatura correu para seu interior, agindo de maneira suspeita** ”-, a existência de fundada razão de hipótese de flagrante delito.

E, quanto ao ponto, saliente-se, uma vez mais, que é irrelevante o transcorrer dos fatos subsequentes (se logrou encontrar ou não drogas na residência; se o agente contribuiu ou não para investigação; se confessou ou não o crime). Para aferição da excepcionalidade à inviolabilidade domiciliar, extrai-se o retrato estático do momento anterior ao ingresso e argui-se: a) havia indícios da ocorrência, no instante anterior à entrada, de hipótese de **flagrante delito de algum crime?**; b) o indício considerado é robusto o suficiente para ser enquadrado como “**fundada razão**” ?

No caso dos autos, a motivação anotada não passa por nenhum dos filtros.

2. O ATO DE CORRER EM VIA PÚBLICA E O ESTADO DE FLAGRANTE DELITO À LUZ DO ART. 302 DO CPP:

O retrato colhido antes do ingresso não aponta indícios de flagrante delito.

E nesse aspecto enfatizo que no âmbito dos Tribunais muito se tem advertido quanto à necessidade de apontar a “*fundada razão*” para justificar o ingresso domiciliar, mas por vezes olvida-se que “*fundada razão*” não é um fim em si mesmo. Não é motivação autônoma ou desconexa, pois está essencialmente imbricada a outro elemento igualmente importante, que é o **flagrante delito**. Assim, indispensável a demonstração de “fundadas razões”, não de “atitude suspeita”, ou fundadas razões quanto “à necessidade/pertinência da incursão domiciliar”, mas sim **fundadas razões da ocorrência de flagrante delito**.

Tal constatação também tem sido recorrentemente ressaltada pela doutrina, como bem sintetiza Clemerson Merlin Clève:

“ Não é demais destacar que a entrada forçada sem mandado judicial **pressupõe flagrância**. Ou seja, não importa a existência da

justa causa (fundadas razões) quando não ocorrer qualquer das hipóteses de flagrante delito previstas no art. 302 do Código de Processo Penal.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. **Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito constitucional II**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 351, grifei)

Feito este recorte à luz do caso concreto, retomo o questionamento: a justificativa apresentada para o ingresso forçado em domicílio - “**que assim que avistou a viatura correu para seu interior, atitude compreendida como suspeita**” - indica a ocorrência de flagrante de algum crime previsto em nossa legislação penal? A resposta é negativa .

Quanto ao ponto, importante estabelecer que o Código de Processo Penal, em seu art. 302, prevê três hipóteses para a configuração do flagrante delito. Segundo classificação doutrinária corrente, tem-se: a) **flagrante próprio** - o agente “*está cometendo a infração penal*” ou “*acaba de cometê-la*” (incisos I e II); b) **flagrante impróprio** – agente é “*perseguido logo após (...) em situação que faça presumir ser autor da infração*” (inciso III); e c) **flagrante ficto** – agente é “*encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração*” (inciso IV).

No caso dos autos, e estabelecido o retrato estático anterior ao ingresso na residência, inconcebível se tenha cogitado, pela ação empreendida pelo acusado, a configuração de quaisquer das hipóteses de flagrante delito.

O aventado ato de correr em via pública, adentrando em seguida a uma residência, sem que o acusado estivesse portando qualquer objeto (inciso IV), ou sem que tenha ocorrido anterior perseguição (inciso III), não denota a existência de crime prévio a que ao acusado se possa relacionar, o que afasta de plano a possibilidade de flagrante impróprio ou ficto.

Na mesma medida, a ação anotada (“*correr*”) não é em si criminosa e por isso não se enquadra na definição de flagrante próprio (“*está cometendo uma infração penal ou acaba de cometê-la*”).

3. A ATITUDE SUSPEITA E A EXIGÊNCIA DE “FUNDADAS RAZÕES” DA OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE DELITO (TEMA 280)

Do mesmo modo, tampouco a valoração que se fez acerca do ato de correr e adentrar à residência, ou seja, a menção à “*atitude suspeita*”, é fundamento hábil a justificar a excepcional incursão forçada em domicílio, pois não atende à exigência de “fundadas razões” da ocorrência de flagrante delito, requisito extraído da consolidada jurisprudência desta Suprema Corte.

Ao propugnar a necessidade de lançar luz ao intrincado tema dos limites à mitigação da inviolabilidade domiciliar, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a imprescindibilidade de se estabelecer, em um primeiro momento, o controle judicial de tais limites, nos seguintes termos:

*“ Já afirmamos que essa solução é menos insatisfatória. Em consequência, **resta fortalecer o controle a posteriori** , exigindo dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa. Ou seja, que havia **elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente** . O modelo probatório é o mesmo da busca e apreensão domiciliar – **fundadas razões**. ”* (grifei)

Como se nota, as balizas estabelecidas no julgado assentaram de forma expressa a necessidade de **comprovação material** – por **elementos** – de situação hábil a autorizar o ingresso forçado em domicílio.

A fundada razão, nesta toada, deve ser compreendida como a descrição de **elementos materiais e objetivos** que demonstrem a ocorrência de hipótese de flagrante delito. Sob este viés, não há como considerar válida e suficiente a genérica e abstrata fundamentação “*atitude suspeita*”, repetidamente utilizada por todas as instâncias judiciais para justificar a incursão domiciliar ora sob análise.

No precursor voto exarado pelo Ministro Gilmar Mendes, no citado RE 603.616-RG, fora advertido o caráter parcial e seletivo que restava franqueado ao se autorizar entradas forçadas em domicílio, em desalinho com parâmetros objetivos de aferição acerca de causa indicativa de flagrante delito:

*“A busca e apreensão domiciliar é uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal. Abusos podem ocorrer, tanto na tomada da decisão de entrada forçada quanto na execução da medida. **As comunidades em***

situação de vulnerabilidade social são especialmente suscetíveis a serem vítimas de ingerências arbitrárias em domicílios.

Ilustrativo, sob esses aspectos, o relato do Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, em sua biografia – BELTRAME, José Mariano. Todo Dia é Segunda-Feira. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Sextante, 2014. Formato: ePub. Acesso em 4.11.2015.

Narra ele que, após a ocupação de favelas cariocas, os policiais faziam buscas nas casas da comunidade, o que levava a prisões de fugitivos e à apreensão de grandes quantidades de armas e drogas escondidas pelos traficantes nos barracos. Comentando o rescaldo da tomada do Complexo do Alemão, escreveu:

“Verificamos praticamente uma a uma, as cerca de 30 mil residências e todos os becos da região, à procura de drogas, armas e bandidos. Só depois de executada essa varredura foi que consideramos a área segura” (posição 1725).

Em seguida, descreve abuso na execução da medida, a prática de “espólio de guerra”, ou seja, furto de bens que guarneciam as residências:

“Recebi denúncias consistentes de que houve a prática do espólio de guerra durante a ocupação do Alemão. Alguns moradores se queixaram de que policiais haviam roubado objetos de suas casas durante a varredura. Essa era uma preocupação do comando desde o início, mas, apesar da cautela, houve irregularidades por parte de pequeno grupo, que acabou alvo de investigação”

A despeito de sua importância, a busca e apreensão domiciliar necessita de controle. Nesse aspecto, o papel do mandado judicial como garantia do respeito à privacidade é evidente. A avaliação feita por um juiz “neutro e desinteressado” sobrepõe a avaliação de um “policial envolvido no empreendimento, muitas vezes competitivo, de revelar o crime”, resguardando contra medidas arbitrárias – Justice Robert H. Jackson, redator da opinion da Suprema Corte dos Estados Unidos, caso Johnson v. United States 333 U.S. 10 (1948).” (grifei)

Também essa mesma problemática foi novamente a mim trazida, seis anos após o julgamento do Tema 280, durante a audiência pública realizada em 16.04.2021, que antecedeu o julgamento da ADPF 635. Na ocasião, o representante do coletivo Parem de Nos Matar também ressaltou a disparidade existente entre a proteção domiciliar que é conferida a moradores residentes em localidades diversas dentro de uma mesma cidade. Citou nesse ponto exemplo, a meu juízo, muito ilustrativo:

*“No ponto 3, Senhor Ministro, nós entendemos que é o ponto que **separa a comunidade da “área formal”**. Por quê? Aqui é pedido que,*

ao expedir o mandado de busca e apreensão, o Judiciário indique, **de forma precisa e objetiva**, as diligências voltadas para a expedição desses mandados, quer dizer, nós estamos pedindo que não exista mandados genéricos e coletivos.

Já foi apontado aqui mais cedo, na audiência, que o Estado diz que - pela liminar da juíza, que, na verdade, é um ente do Estado -, por conta da desorganização da comunidade, não é possível prever onde as pessoas estão morando. Ora, Senhor Ministro, **não é possível porque o Estado não existe dentro da comunidade**, porque não é respeitado o direito de cidadania do homem branco, ou do homem preto, ou do gay, ou do pobre favelado.

Nós moramos em favela, Senhor Ministro, mas nós não temos propriedade das nossas casas, nós não temos o direito à propriedade das nossas casas, e não temos endereço por causa do Estado. Aí ele se vale da própria incompetência para justificar a sua violência.

Nós não podemos permitir isso, Senhor Ministro! Se não existe mandado coletivo ou genérico para o Vivendas da Barra, para quando prenderam 60 fuzis dentro da casa do policial Ronnie Lessa, não pode existir dentro da comunidade.

Vossa Excelência acha, ou qualquer um aqui acha, que vai existir um mandado coletivo em condomínios na Barra da Tijuca ou dentro da Zona Sul do Rio de Janeiro? Entra lá no Maramar com mandado coletivo e sai arrombando todas as casas, pedindo para poder investigar crimes, que existem muitos lá dentro, para ver se não saem todos os policiais dali presos, porque lá tem influência, porque lá existe influência.” (grifei)

Transpondo a inquietação do *amicus curiae* ao caso presente poderia se indagar, *mutatio mutandis*, “se o ato de correr adentrando uma residência não constitui atitude suspeita e, portanto, não legitima o ingresso forçado em um domicílio da Zona Sul, porque ele seria legítimo para as favelas?”.

De tal retórica extraio a conclusão de que, a fim de que figure como causa legitimadora a mitigar garantia constitucional, e não se transmude em verdadeiro instrumento de punição seletiva, é imprescindível que a incursão domiciliar decorrente do flagrante delito efetivamente se conforme ao preenchimento dos parâmetros **objetivos** já delineados por esta Suprema Corte.

Nesse sentido, consigno que a menção à “atitude suspeita”, embora pareça atender aos requisitos traçados pelo RE 603.616-RG, por pressupor um ato materializado pelo agente, se desacompanhada de melhor

detalhamento sobre porque é aquele ato suspeito, afigura-se como termo vago e contingente, inábil, portanto, a afastar a garantia da inviolabilidade domiciliar.

Segundo Lucas Caetano *et al.*, “[n]o meio policial é considerada suspeita a pessoa que apresenta comportamentos estranhos, bem como atitude não compatível com determinada situação” (CAETANO, Lucas *et al.* . **Como o Policial escolhe um suspeito?** [S.l.]: Anais do 8o Encontro da ANDHEP, 2014).

No mesmo sentido, Maria Gorete Marques de Jesus aponta que os policiais militares descrevem a denominada atitude suspeita como “ *um gesto de anormalidade*”, configurando-se como “ *um dos principais fatores para se realizar a abordagem, sendo possível identificá-la por meio da experiência adquirida em anos de trabalho ostensivo*” (JESUS, Maria Gorete Marques de (Coord.). **Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo: NEV /USP, 2011).

Nessa linha, em estudo empírico realizado com 21 policiais do 13º Batalhão da Polícia Militar do Interior do Estado de São Paulo, Livia Maria Terra asseverou que a atitude suspeita era identificada pelos entrevistados “ *a partir de um olhar, um gesto, uma alteração no sentido do transeunte, uma roupa, como a utilização de agasalho em dia de calor, que sugeririam, eventualmente, um comportamento desviante e desarticulado do restante da sociedade*” (TERRA, Livia Maria. **Negro suspeito, negro bandido: um estudo sobre o discurso policial**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2010, p. 79).

À vista de tais apontamentos, é possível delimitar um arquétipo na caracterização da conduta como “atitude suspeita”: a ação deve ser “desviante”, “estranha” ou “anormal” para um determinado padrão social.

Nota-se, portanto, que esse enquadramento traz consigo uma enorme carga axiológica, sobretudo porque os valores sociais e morais de um indivíduo variam conforme a sua localização geográfica, raça, gênero, sexualidade e classe social. Desse modo, as interpretações sobre as condutas individuais também serão diversas, uma vez que aquilo percebido como “anormal” para um grupo social pode ser compreendido como “normal” para outro.

Sendo assim, embora haja a tentativa de delimitar a “atitude suspeita” a parâmetros objetivos, pois aparentemente analisada a partir da ação do

sujeito - a exemplo de eventual desconforto na presença de uma viatura policial - e não do sujeito em si mesmo e suas características físicas, as teorias criminológicas vêm alertando sobre a dificuldade de dissociar, na prática, as razões de ordem objetiva às de ordem subjetiva ao se classificar algo ou alguém como “suspeito”.

Nesse sentido, destaca Gisela Aguiar Wanderley (grifei):

“ Verifica-se então uma tentativa de objetivação da conceituação da atitude suspeita. Não obstante, trata-se de mero golpe de cena. A atitude suspeita que ensejaria a coerção policial seria aquela caracterizada como estranha ou destoante em determinado contexto, detectada pela observação de detalhes e sutilezas. Contudo, esse juízo de estranheza e não-pertencimento que guia a suspeição tende a conduzir a um tipo ideal de suspeito, que é aquele indivíduo marginalizado e excluído que desperta medo e desconfiança e deve ser extirpado dos locais públicos de convivência em função do risco a ele atribuído. Um indivíduo encarado como não pertencente a determinado local provoca estranheza e qualquer “atitude” sua pode ser pretextualmente interpretada como um sinal de anormalidade . Assim, embora sugira objetividade, “a atitude suspeita carrega um forte conteúdo de seletividade e estigmatização” (BATISTA, 2003, p. 103/104) e constitui um primeiro filtro de seletividade do sistema penal.” (WANDERLEY, Gisela Aguiar. Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, 2017, p.104, grifei).

Com efeito, como bem aponta Diana Anunciação *et al.* , é possível notar uma dificuldade, intrínseca à condição de ser humano, em qualificar a atitude do sujeito como “suspeita” sem associá-la às características fenotípicas, situação econômica e aparência (roupas, calçados, acessórios) do sujeito, bem como à localização geográfica em que ele se encontra (ANUNCIÇÃO, Diana; TRAD, Leny Alves Bonfim; FERREIRA, Tiago. “**Mão na cabeça!**”: abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste. Saúde Soc. São Paulo, v.29, n.1, e190271, 2020 , p. 6).

Nesse sentido, colaciono o exemplo dado por Sandro César Seel:

“(...) Imaginemos uma mulher que tenta sair de uma joalheria com um caro e não pago bracelete quando é barrada pelos seguranças. Se essa aparente tentativa de subtração à coisa alheia móvel (art. 155 do Código Penal) será tomada como crime, sintoma compreensível de cleptomania ou mera distração, vai depender menos dos detalhes da conduta tentada do que do perfil da apontada infratora. A tese da distração cai bem, por exemplo, se a suposta tentativa fosse realizada por uma cliente habitual da joalheria; assim como a tese da cleptomania se adequaria perfeitamente se a acusada fosse uma famosa atriz de novela. Já para uma empregada da loja, a única tese “compatível com a realidade das coisas” é a de tentativa de furto puro e simples. A conduta é a mesma, a ausência de provas também, só o que variará, neste caso, são as suposições socialmente consideradas adequadas ao caso.” (SELL, Sandro César. A etiqueta do crime. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10290>>. Acesso em: 17 ago. 2022).

Nesse contexto, a valoração de uma determinada conduta a partir do padrão de comportamento de um único grupo social, dominante, bem como a influência de aspectos subjetivos do indivíduo na análise de uma determinada ação, acaba por “etiquetar” minorias sociais dentro do sistema penal. Nesse sentido alerta Felipe Augusto Fonseca:

“ No geral, como a própria seleção já se opera com base em etiquetagens, a pessoa que se enquadra em algum deles não precisa se esforçar para se colocar em situação de perigo. Muitas vezes, apenas ser um negro andando próximo a um local onde há grande incidência de crimes de furto é o suficiente para ser abordado por policiais . Está-se, pois, sempre em um estado de vulnerabilidade elevado.” (VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. Criminalização, Teoria do Etiquetamento e racismo institucional na polícia: autorrealização de uma amarga profecia. REVISTA JURÍDICA ESMP-SP, V.7, 2015: 59-83, p. 12-13, grifei)

Por todo o exposto, o fundamento “atitude suspeita”, como valoração subjetiva que se extrai do comportamento do suposto autor do delito, não atende ao parâmetro de **comprovação material** – por **elementos** – de situação indicativa de flagrante delito e por isso não se conforma ao requisito da “fundada razão” a que se reporta o tema 280, decidido por esta Suprema Corte. É assim, igualmente inábil a autorizar a entrada forçada no domicílio.

4. A VISIBILIDADE MATERIAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR AO INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO EM CASO DE FLAGRANTE DELITO

Em conclusão ao voto, pretendo refletir e reafirmar os critérios legitimadores ao ingresso forçado domicílio, a fim de não reste dúvida acerca das hipóteses que não estão abarcadas pela excepcionalidade constitucional.

Como bem expôs o Min Gilmar Mendes no citado RE 603.616-RG (Tema 280) “[s]erá a casuística que impulsionará o desenvolvimento de jurisprudência para enfrentar os diferentes temas.”

Forte nessa premissa, compreendo que o caso concreto, com suas nuances e vicissitudes, permite-nos avançar na adequada delimitação da matéria ora em debate.

Como prefaciei, em mero reforço ao que já se encontra expresso no Tema 280, é indispensável a sincronia entre a existência de fundada razão e elementos indiciários da ocorrência de flagrante delito.

Nesse particular, pontuo que o termo flagrante delito encerra uma noção de *fumus comissi delicti* evidente, notório, facilmente apreensível por algum dos cinco sentidos humanos. Segundo essa compressão, a evidência do estado de flagrância relaciona-se com a **visibilidade** do delito, pois assim como “*chama que denota com certeza a combustão, quando se vê a chama, é inquestionável que alguma coisa arde*” (CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, v. II. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 77, tradução minha).

A causa configuradora de flagrante delito é, portanto, de ordem objetiva e se alinha com alguma circunstância facilmente demonstrável por prova direta, ou, como explicita PACELLI, “*situação de ardência, de visibilidade incontestável da pratica do fato delituoso*” (PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 25 ed., São Paulo: Atlas, 2021, p. 670).

É certo que na hipótese de flagrante impróprio e ficto não se tem, por vezes, a visibilidade material do ato delituoso, tal como ocorre no flagrante próprio. Nada obstante percebe-se que, mesmo nessas hipóteses, o legislador não descuidava de mencionar **circunstâncias objetivas** que possam indicar de forma palpável e materialmente aferível a existência do delito – “

perseguição ” e “ **situação** ” que faça presumir (inciso III)” e “ **instrumentos, armas, objetos ou papéis** que façam presumir (inciso IV) ”.

É dizer, a alusão à “*perseguição*”, “*situação*” e “*instrumentos*” denota o intuito de objetivação das causas ou circunstâncias que demonstram a existência do flagrante delito. Destoa, nessa linha de inteligência, admitir configurado o estado flagrancial com assento em “*suspeitas*”, “*intuição*”, “*denúncias anônimas*”, ou mesmo na “*convicção íntima*” do policial que não possa ser corroborada por algum elemento que indique a **visibilidade material das situações de flagrante**.

Nesse sentido assevera Aury Lopes Junior:

“como a autoridade policial pode saber, antes de ingressar na residência, que lá havia, por exemplo, armas ilegais ou depósito de substâncias entorpecentes? Partindo disso, alguns setores da doutrina e jurisprudência passaram a exigir que a polícia comprove de que forma soube, previamente, da ocorrência do crime permanente e, principalmente, que a situação de flagrância corresponda – efetivamente – à visibilidade do delito.

(...)

Assim, somente quando presente essa “prévia visibilidade” é que está autorizada a busca domiciliar sem mandado judicial e legitimada pelo flagrante delito previsto no art. 5º, XI, da CF. Nos demais casos, em que não existe essa prévia visibilidade e apenas após o ingresso na residência é que a autoridade policial consegue buscar e encontrar a substância ou armas, é necessário o mandado judicial de busca e apreensão.” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 235, grifei).

Igualmente discorre Paulo Rangel:

“Flagrante vem do latim flagrans, flagrantis, do verbo flagrare, que significa queimar, ardente, que está em chamas, brilhando, incandescente.

*No sentido jurídico, é o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. **É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência.** A prisão em flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada.*

Trata-se, como diz Espínola Filho, citando o Des. Raphael Magalhães (cf. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed. Editor Borsoi, v. III, p. 321), da certeza visual do crime.

Neste sentido, a prisão em flagrante exige, para sua configuração, dois elementos imprescindíveis: a atualidade e a visibilidade. A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa ao ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade e a visibilidade, tem-se o flagrante delito.” (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 725, grifei).

Nessa linha de intelecção, depreende-se que a visibilidade material figura como verdadeiro critério legitimador à incursão domiciliar em caso de flagrante delito.

Consoante a essa diretriz, mencione-se, a título meramente exemplificativo, o que pode enquadrar-se, portanto, como causa ensejadora do flagrante delito e, conseqüentemente, apta a ensejar a incursão domiciliar: o odor característico de droga e/ou outro material ilícito percebido ainda do lado de fora da residência (*verificação material pelo olfato*); o ruído de tiros, conversas, gritos, discussões que revelem a ocorrência de crime (*verificação material pela audição*); a visualização de cena, material, instrumento que indiquem ou constituam objeto ou proveito de crime (*verificação material pela visão*).

Ademais, esses elementos materiais da ocorrência de situação de flagrante podem ser constatados pela própria autoridade policial que decide ingressar no domicílio ou por terceiros, como testemunhas oculares, vítimas, que reportem esses fatos à autoridade policial, desde que esses meios de prova venham, devidamente, documentados nos autos.

Em contrapartida, o chamado “sexto sentido”, por derivar de construção meramente subjetiva e empiricamente não demonstrável, não se amolda aos contornos de flagrância indicados pelo Código de Processo Penal e por isso não se presta a autorizar o ingresso em domicílio. Nessa categoria também se situa a “atitude suspeita”, que por denotar convicção íntima do agente que acompanha a diligência, não pode, como já se pontuou, ser compreendida como motivação suficiente à caracterização do flagrante delito.

Não se está a dizer que desconfianças, intuições, suspeitas, muitas vezes decorrentes da experiência e recorrência de atividades vivenciadas no dia a dia policial devam ser simplesmente ignoradas. Tais circunstâncias podem justificar o início de atos de investigação, que em conjunto com outros elementos, devidamente justificados, poderão ensejar diligências dirigidas especificamente contra o investigado, até mesmo prestando-se a corroborar requerimentos de busca domiciliar formulado ao Juízo competente.

Contudo, considerar que a menção à fundamentação “correu e adentrou à residência ao avistar a viatura, apresentado atitude suspeita” possa validar o ingresso domiciliar é dar uma permeabilidade demasiada à exceção contida no art. 5º, XI, da CF, solução que parece não se conformar com os limites traçados pelo CPP e pelo texto constitucional.

Por outro lado, o reconhecimento e exigência da visibilidade material de hipótese caracterizadora de flagrante delito, conceito extraído do própria legislação infraconstitucional que rege a matéria, a meu sentir, conforma-se adequadamente à proteção constitucional conferida no art. art. 5º, XI da CF, e, portanto, presta-se a delimitar de forma equilibrada as fundadas razões exigidas pelo Tema 280.

No caso dos autos, como se depreende dos relatos supramencionados, no momento anterior ao ingresso domiciliar, não se verificou qualquer ato concreto que pudesse indicar a existência da prática de tráfico de drogas no interior da residência. Não estava o acusado carregando instrumentos potencialmente criminosos; não se mencionou a existência de conversa suspeita, tampouco se visualizou movimentação típica de comercialização de drogas. Simplesmente, os policiais avistaram o acusado e, ao se dirigirem ao seu encontro, este adentrou à sua residência, circunstância que os fez deduzir que estava envolvido com atividades criminosas.

A fundamentação exarada, nesta toada, ao centrar-se em conduta que não é em si criminosa – “correr em via pública” - e valoração subjetiva que não se conforma aos parâmetros de visibilidade **material** do estado flagrancial - “atitude suspeita” -, não é hábil a mitigar a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

5. CONCLUSÃO

À luz das considerações expendidas, entendo que a situação apresentada não revela a existência de elementos concretos a caracterizar fundada razão de flagrante delito, exigida para autorizar o ingresso, em domicílio, sem autorização do morador.

Por essa razão, reconheço a nulidade da busca e apreensão realizada pelos policiais militares, a qual resultou na apreensão dos itens descritos no Auto de Exibição e Apreensão (eDOC.02, p. 57) e também de todos os demais elementos de informações e provas colhidas em Juízo, porque decorreram da apreensão ilegal realizada no domicílio do paciente, em violação ao previsto no art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Com efeito, as provas derivadas da prova ilícita restam imprestáveis em razão do que a doutrina denomina de teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal).

Assinalo, nesse sentido, que a hipótese dos autos não se inclui nas exceções de contaminação, quais sejam, a inexistência de nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente.

Por outro lado, por não haver outros elementos de provas íntegros a amparar a *persecutio criminis* contra o ora paciente o trancamento da ação penal é medida imperativa.

Com efeito, a jurisprudência da Corte é pacífica ao asseverar que a possibilidade de excepcional trancamento da ação penal quando demonstrada a atipicidade da conduta ou ausência de indícios mínimos de autoria, (*HC 124.711, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 16.12.2014*), como ocorre no caso concreto.

Ante o exposto, com base no art. 192 do RISTF, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para o fim de declarar a nulidade da incursão domiciliar sem mandado judicial e dos demais atos processuais que dela advieram, e determinar, por conseguinte, o trancamento da ação penal originária autuada sob o nº 0009044-54.2018.8.26.0635.

Comunique-se, **com urgência e pelo meio mais expedito** , ao Juiz da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão.

Comunique-se, outrossim, o TJSP e STJ, encaminhando-lhes cópia da presente decisão, para ciência.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/03/2023 00:00