

## Voto - Vista

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso:

***Ementa*** : Direito constitucional e Processual penal. *Habeas Corpus*. Inviolabilidade do domicílio. Ausência de situação que justifique a incursão policial. Nulidade da busca e apreensão. Ordem concedida de ofício.

1. Não cabe *habeas corpus* contra decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

2. Em caso de flagrante delito, a Constituição autoriza o ingresso policial em domicílio, independentemente de determinação judicial ou consentimento do morador (art. 5º, inciso XI, CF/88).

3. Essa autorização genérica, contudo, não torna a diligência policial imune ao controle judicial, notadamente quando inexistente fundada razão que autorize a violação domiciliar.

4. No julgamento do RE 603.616-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, só é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori.

5. Na concreta situação dos autos, à falta de situação que justifique a incursão policial, não há como validar os elementos informativos produzidos com a violação indevida do domicílio.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, atento às peculiaridades da causa, acompanhar a conclusão do eminente relator.

## I. Síntese da demanda

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra decisão monocrática do Ministro Félix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminarmente o HC 501.815/SP.

2. O paciente foi denunciado por tráfico de drogas, tendo em vista que preso em flagrante delito, em sua própria residência, com 247,9g de maconha.

3. A parte impetrante sustenta a ilegalidade da diligência policial que resultou na prisão em flagrante do paciente. Argumenta que o ingresso dos policiais no domicílio, sem mandado judicial, não foi autorizado pelo acusado e tampouco existiam indícios mínimos que sinalizassem para eventual situação de flagrante delito.

4. Com esses argumentos, a defesa pede o deferimento de liminar para a suspensão da ação penal na origem. No mérito, requer a concessão da ordem para o trancamento da ação penal, tendo em vista a ilicitude da prova que deu ensejo à denúncia.

5. O eminente relator, Ministro Edson Fachin, deferiu a medida liminar, em menor extensão, a fim de suspender, até o final julgamento deste HC, o andamento da ação penal originária após a colheita da prova oral e do interrogatório.

6. Prestadas as informações, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da ordem.

7. Iniciado o julgamento do feito no Plenário Virtual, o Ministro Edson Fachin votou pelo não conhecimento do HC, mas pela concessão da ordem de ofício para reconhecer a ilicitude da diligência policial que resultou na prisão do paciente. Pedi vista dos autos para uma análise mais detida da matéria.

## II. Descabimento de *habeas corpus* contra decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça

8. Do ponto de vista processual, o caso é de *habeas corpus* substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux).

9. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao STF examinar a questão de direito discutida na impetração. Cito, nessa linha, os seguintes precedentes: HC 113.468, Rel. Min. Luiz Fux; HC 117.502, Redator para o acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso; HC 108.141-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki; e o HC 122.166-AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AO ART. 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA POR MINISTRO DO STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO POR MEIO DE AGRAVO REGIMENTAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - No caso sob exame, verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, que pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior. Precedentes.

II - O agravante não atacou os fundamentos da decisão agravada, o que atrai, por analogia, o teor da Súmula 283 desta Corte.

III - Agravo regimental a que se nega provimento.”

10. Sem prejuízo desse encaminhamento, passo a examinar a possibilidade de concessão da ordem de ofício.

## III. Da inviolabilidade do domicílio

11. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.616-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, considerou válida a busca e apreensão domiciliar, sem mandado judicial, em caso de prisão em flagrante delito. Nada obstante isso, o Tribunal deixou consignada a necessidade de controle judicial da medida, sob pena de esvaziamento do núcleo fundamental da garantia constitucional contra a inviolabilidade do domicílio, nos termos do art. 5º, inciso XI, da CF/88.

12. Nesse contexto, a validade da incursão policial forçada em domicílio, sem mandado judicial, depende da presença de fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, sob pena de responsabilização disciplinar, civil e penal do agente e, além disso, de nulidade dos atos praticados.

13. Essa forma de parametrização da questão densifica o núcleo essencial da garantia da inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI) e, ao mesmo tempo, cumpre os compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil no plano internacional da defesa dos direitos humanos, de que são exemplos o Pacto de São José da Costa Rica (art. 11, 2) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 17, 1).

#### IV. A solução do caso concreto

14. Conforme relatado, a hipótese é de paciente denunciado por tráfico de drogas, tendo em vista que guardava, em sua residência, 247,9g de maconha.

15. O nosso desafio é saber se a diligência policial que resultou na denúncia oferecida contra o paciente observou os parâmetros fixados por este Supremo Tribunal Federal na matéria. Noutras palavras, o caso é saber se houve fundada razão para a violação do domicílio, sem mandado judicial.

16. Para tanto, reproduzo as seguintes passagens do auto de prisão em flagrante:

“[...] 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. [...] 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. [...] **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..." (grifos acrescidos).

17. Dessa leitura, e muito embora a denúncia afirme que o paciente teria franqueado o acesso dos policiais à sua residência, considero injustificado o ingresso das autoridades policiais à residência do acusado. A simples leitura das declarações prestadas pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante revela que o real motivo da atuação policial decorreu do fato de que o paciente, ao visualizar a aproximação da viatura policial, correu para o interior de sua própria residência, ao que se denominou de "atitude suspeita".

18. Reconheço que a atividade policial comporta um certo grau de subjetivismo, especialmente para o regular desempenho da difícil e tormentosa tarefa de apurar, prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes (inciso II do art. 144 da CF/88). Certo grau de subjetivismo, contudo, que não pode estar completamente dissociado de parâmetros materiais concretos que legitimem a atuação policial, conforme advertiu o eminente relator:

"[...] Nessa linha de inteligência, 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...” (grifos acrescidos)

19. No caso de que se trata, portanto, à falta de situação que justifique a incursão policial, não há como validar os elementos informativos produzidos com violação do domicílio. A simples realização de movimento corporal voluntário (ato de correr para o interior do domicílio), dissociada de indícios mínimos de verdadeiro comportamento antijurídico, não configura fundada suspeita apta a autorizar a violação domiciliar.

20. Diante do exposto, atento às peculiaridades desta causa, adiro à conclusão do relator pelo não conhecimento do HC, mas pela concessão da ordem de ofício para considerar ilícita a prova produzida na origem, determinando o trancamento da ação penal.

21. É como voto.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 30/06/2023*