

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.038 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S) : IVO ROSA DE MATOS NETTO
ADV.(A/S) : DIOGO DE PAULA PAPEL
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de agravo regimental interposto em face da decisão que negou seguimento ao habeas corpus.

O agravante alega que os acórdão impugnados neste *writ* estão em dissonância com o entendimento firmado no RE 603616/RO. Sustenta que a denúncia anônima e a natureza permanente do delito não autorizam o ingresso no domicílio do paciente, sem mandado judicial.

Pede o provimento do recurso para “*conceder a ordem de habeas corpus e declarar ilícita a invasão domiciliar levada a cabo pelos policiais militares, bem como determinar a exclusão deste material probatório obtido ilicitamente e por eles contaminados*”.

É o relatório. **Decido.**

1. Tendo em vista a permissão contida no art. 317, § 2º, do RISTF, reconsidero a decisão agravada e passo à análise do habeas corpus.

2. O presente habeas corpus foi impetrado contra acórdão proferido pelo STJ, que restou assim ementado (AgRg no RHC 77.687/SP – eDOC 14):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM A NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA ORDEM JUDICIAL AUTORIZANDO O INGRESSO NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO. 1. É dispensável o mandado de busca e apreensão para o ingresso na residência do suspeito, quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas.

HC 175038 AgR / SP

Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso, o paciente foi acusado de praticar o crime de tráfico na modalidade guardar e manter em depósito substâncias entorpecentes, estando-se diante de ilícito de natureza permanente, o que legitima a medida adotada. 3. A decisão agravada foi proferida de acordo com o entendimento firmado pela Jurisprudência deste Sodalício devendo, portanto, ser mantida pelos seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental improvido.

3. No caso dos autos, a apontada ilegalidade pode ser aferida de pronto.

3.1. BREVE RELATO DO CASO CONCRETO:

A denúncia descreveu os fatos imputados ao paciente nestes termos (eDOC 3):

(...)

Consta dos autos do incluso inquérito policial que, no dia 26 de abril de 2016, na Rua Juvenal Pinto da Fonseca, nº 227, nesta cidade e comarca de Barretos/SP, IVO ROSA DE MATOS NETTO mantinha em depósito drogas destinadas ao consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar consistente em 02 pedras grandes de cocaína, com peso bruto aproximado de 391,3 gramas; 81 eppendorfs contendo cocaína, com peso bruto aproximado de 116,46 gramas; 07 tabletes de maconha, com peso bruto aproximado de 116,60 gramas, e ainda, 03 pacotes de eppendorfs vazios (com 1000 unidades cada); bem como 01 faca com bainha preta, marca Chalimex USA, 02 balanças de precisão, sendo uma cinza e azul, marca Tomate e outra prata, sem marca aparente e a quantia de R\$ 1770,00 (mil setecentos e setenta reais), em uma bolsa, e ainda R\$ 70,00 (setenta reais) em

HC 175038 AgR / SP

uma mochila.

Consta ainda dos autos do incluso inquérito policial, que nas mesmas circunstâncias de tempo, dia e local acima referidos, IVO ROSA DE MATOS NETTO possuía e mantinha sob sua guarda 01 revolver, marca Taurus, calibre 38, com numeração suprimida, bem como, 05 cartuchos íntegros, calibre 38, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo restou apurado, policiais militares receberam denúncia anônima de que um indivíduo conhecido por Neto estaria realizando a traficância de drogas e fornecendo armas para a prática de roubos. Referida denuncia indicava o local onde se encontrava o denunciado, bem como suas vestes, indicando ainda o local de sua residência e afirmando que lá se encontravam as drogas e as armas.

Os milicianos averiguaram a denúncia vindo a encontrar IVO ROSA DE MATOS NETTO no local indicado, exatamente com as vestes indicadas na denúncia anônima. Ato contínuo, dirigiram à residência denunciado, onde foram encontradas as drogas, os objetos e a quantias acima referidas, utilizados na mercancia de drogas, assim como arma com numeração suprimida, municada com 5 cartuchos íntegros.

Apurou-se, ainda, que o denunciado exercia o tráfico nas imediações da Igreja Batista Reviver, Igreja Pentecosta Deus é Amor, Escola Estadual Jardim Etemp, Clube de Funcionários da Telesp e Centro Trítico de Lazer Dr. Enéas Carneiro, conforme relatório de investigações de fls. 50 e mapa de fls. 53”

Consta do depoimento extrajudicial de Carlos Henrique da Mata (policial militar que testemunhou os fatos) que **a ação foi motivada por denúncia anônima**, segundo a qual um indivíduo conhecido por Netto estaria promovendo a traficância de drogas e fornecendo uma arma para

HC 175038 AGR / SP

prática de roubos, e estaria no Bar da Marina situado na Rua Cristiano de Carvalho nº 10, trajando camiseta branca, bermuda verde com detalhes e boné preto e que as drogas e a arma estariam na casa dele situada na Rua Juvenal Pinto da Fonseca nº 227. **Ao se deslocarem para o referido bar, abordaram Netto, mas nada de ilícito foi encontrado em sua posse. Netto se identificou por Ivo Rosa de Matos Netto e mentiu quanto ao seu endereço residencial.** Relatou o policial que, “sabedores do local onde ele residia”, deslocaram-se com o suspeito à sua residência. Ao procederem a busca na residência, localizaram um tijolo de maconha, três pacotes de tubo eppendorf vazios, sete tabletes de maconha, uma faca com bainha, duas balanças de precisão, duas porções de cocaína em pedra, uma revolver municiado calibre 38, com numeração suprimida, a quantia de R\$ 1.700,00 em espécie (eDOC 2, p. 11).

Ainda no auto de prisão em flagrante, idêntica versão foi apresentada pelo policial militar Rodrigo Rivas (eDOC 2, p. 13).

Em sede de habeas corpus, o Tribunal de origem afastou a nulidade arguida nos seguintes termos (eDOC 8, p. 5):

"Não se pode desconsiderar, de modo singelo, que a apreensão de drogas, arma de fogo, valores monetários expressivos, balanças de precisão e frascos comumente utilizados para acondicionamento de cocaína constituem, em seu conjunto, sintomática indicação de que IVO estava em plena ação delitiva, a justificar o ingresso em sua residência, sem qualquer violação às garantias constitucionais do domicílio.

Aliás a mera apreensão de drogas, como cedoço, revela a existência de crime permanente. E nas infrações penais permanentes a prisão em flagrante pode se dar a qualquer momento, enquanto perdurar a consumação, nos termos do

HC 175038 AgR / SP

artigo 303 do CPP, que assim preceitua: *Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*".

Na sequência, a Corte local rejeitou os embargos de declaração opostos em face da decisão (eDOC 10, p. 4/):

Com efeito, não se deve entender por denúncia anônima apenas aquelas informações sem identificação de origem que chegam às autoridades por meio de contato indireto, através dos serviços do tipo "disque-denúncia" e similares, mas também aquelas que são obtidas por policiais no dia a dia da profissão, mediante contato direto com pessoas que têm conhecimento de atividades criminosas mas não querem informar a própria identidade e atuar como testemunhas o que normalmente ocorre por temerem represálias dos agentes do crime, que sabidamente ocorrem principalmente com relação à atividade de tráfico de drogas.

Em sendo o tráfico de entorpecentes causa preponderante da explosão da violência urbana nas últimas décadas, é natural que os usuários de droga tenham sério temor de delatar os seus fornecedores, como também tenham temor em fazê-lo as demais pessoas obrigadas a conviver com essa dura realidade, como os moradores de áreas por eles ocupadas.

Daí que, no caso *sub examen*, ante a ausência de motivos para acreditar que os policiais tenham escolhido a residência de IVO ROSA aleatoriamente, senão como consequência de informações obtidas de terceiros, a tese de que ocorreu invasão ilegal de domicílio somente poderia sustentar-se na afirmação de que eles (os policiais) agiram com ânimo preordenado de imputação falsa de crime ao paciente.

É certo que o Pretório Excelso já assentou o entendimento

HC 175038 AgR / SP

de que mera denúncia anônima não se presta a fundamentar a instauração de inquérito policial, e que este apenas pode ser iniciado após a realização de diligências "para averiguar os fatos".

(...)

Sem embargo, tal entendimento não implica que as tais diligências prévias não possam redundar em prisão em flagrante delito, inclusive por meio de busca em residência sem ordem judicial, quando no momento em que estiverem sendo encetadas os policiais constatarem indícios da ocorrência de crimes de natureza permanente, como a posse/guarda de drogas com intuito de mercancia e a posse/guarda irregular de armas e munições.

É dizer, se policiais realizam diligências para apurar se determinada denúncia anônima é digna de credibilidade, é condizente com a ordem vigente que, em apurando indícios nesse sentido, devam informa-los à Autoridade Policial para a instauração do competente inquérito policial.

Mas, obviamente, se em meio a averiguação deparam-se com a prática instantânea de crime pelos indivíduos apontados como criminosos na denúncia anônima, têm os policiais obrigação de executar a prisão em flagrante.

E, da mesma forma, se em meio a averiguação constatarem haver fortes indícios da prática de crimes permanentes, no interior de domicílio particular, têm eles igualmente o dever de adentrar o imóvel respectivo e prender em flagrante os respectivos agentes.

Em que pese não haver dúvida quanto à intenção do legislador ao estabelecer a norma constitucional garantidora da privacidade domiciliar, o certo é que o alcance dessa proteção, no Brasil e nas demais democracias do planeta, não é absoluto, sujeitando-se às exceções previstas em lei. O que não se concebe

HC 175038 AgR / SP

é a violação da intimidade sem justa causa.

(...)

Assim, por exemplo, nada obstante garantida a Constituição o sigilo das comunicações telefônicas, não impede que esse sigilo seja quebrado "para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, da Constituição Federal), observando-se, nesse caso, a necessidade de obtenção de ordem judicial para a intervenção das comunicações, como meio de garantir a observância dos critérios de necessidade e proporcionalidade da medida.

No tocante ao domicílio, embora tenha o legislador constitucional o definido como "asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI, da C.F.), estabeleceu expressamente que a impossibilidade de entrada no seu interior "sem consentimento do morador" se submete, excepcionalmente, às situações em que esteja ocorrendo um crime no seu interior, bem assim às de ocorrência de desastre, prestação de socorro ou, ainda, durante o dia, por determinação judicial.

Assim estabeleceu o legislador por entender que a vontade individual de violar a ordem jurídico-penal, ainda que no interior de residências, deve curvar-se à necessidade coletiva e atualíssima de preservação da segurança pública.

Por tais razões, a meu ver, a entrada no domicílio do paciente IVO ROSA não configurou invasão indevida e, portanto, ilegal de sua privacidade, o vício propalado nos embargos declaratórios"

Igualmente decidiu o STJ (eDOC 14, p. 8/13):

(...)

Feitos tais esclarecimentos acerca dos fatos que ensejaram

HC 175038 AgR / SP

a prisão em flagrante do agravante, consoante já registrado no decisum de e-STJ fls. 304-313, não se verifica qualquer irregularidade no fato de os policiais terem ingressado em sua casa sem a prévia expedição de mandado de busca e apreensão.

Isso porque o réu foi acusado de praticar o crime de tráfico nas modalidades guardar e manter em depósito, estando-se diante de infração penal de natureza permanente.

A respeito da classificação do ilícito tipificado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, na forma assestada ao paciente, eis a lição de Guilherme de Souza Nucci:

"Classificação: comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (não exige resultado naturalístico para a consumação, consistente na efetiva lesão à saúde de alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações); instantâneo (a consumação se dá em momento determinado) nas formas importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, fornecer, prescrever, ministrar e entregar, ou permanente (a consumação se arrasta no tempo) nas formas expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar; de perigo abstrato (não depende de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por um só agente); unissubsistente (cometido por intermédio de vários atos); admite tentativa na forma plurissubsistente, embora de difícil configuração." (Leis Penais e Processuais Comentadas. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 317).

Ora, nas infrações penais permanentes a prisão em flagrante pode se dar a qualquer momento, enquanto perdurar a consumação, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal, que preceitua que "nas infrações permanentes, entende-

HC 175038 AgR / SP

se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência".

A desnecessidade de mandado de busca e apreensão quando se trata de situação de flagrante delito é amplamente admitida pela doutrina:

"Não há dúvida, assim, de que a busca domiciliar deve ser precedida da expedição de mandado, quando a autoridade policial ou judiciária não a realizar, pessoalmente, consoante a disciplina do art. 241 do Código de Processo Penal. No entanto, a desobediência a este preceito legal, o que poderia caracterizar ilicitude da prova, tem sido entendida pela jurisprudência pátria com acerto, como mera irregularidade, que não chega a invalidar a prova da existência do delito, mormente quando se está diante do delito permanente como é v.g., o delito de tráfico de entorpecentes, possível, pois, a prisão em flagrante do proprietário da droga enquanto não cessada a permanência do delito." (Fábio Aguiar Munhoz Soares. Prova ilícita no processo. De acordo com a Nova Reforma do Código de Processo Penal. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 94.)

Eugênio Pacelli, no mesmo diapasão, ao dissertar sobre o aproveitamento da prova com exclusão da ilicitude, consigna que:

"A Constituição Federal de 1988, como visto, estabelece a inviolabilidade do domicílio, com o que alguém somente poderá nele adentrar, sem o consentimento do morador, para prestar socorro ou em situação de flagrante delito.

E que não haja dúvidas: a autorização constitucional para o ingresso em residência durante a situação de flagrante delito prevalece em razão do risco aos bens

HC 175038 AGR / SP

jurídicos protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade 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 está 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 violações praticadas contra ele mesmo (Direito).

À evidência, ninguém poderá argumentar, no interior de sua residência, que tem o direito de ali estuprar ou matar a pessoa de sua preferência, por se encontrar supostamente protegido pela inviolabilidade do 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 dos seus direitos individuais. Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional." (Curso de Processo Penal. 10ª ed.

HC 175038 AgR / SP

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 317/318).

Idêntica orientação é extraída da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

(...)

Aliás, a questão foi recentemente pacificada pelo Excelso Pretório em recurso submetido ao regime de repercussão geral, ocasião em que se fixou a compreensão de que a entrada forçada em domicílio 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.

(...)

Por conseguinte, havendo denúncias de tráfico no local, e tendo o próprio paciente informado possuir drogas em sua residência, não há que se falar em ilicitude da prova obtida com a busca e apreensão, uma vez que se está diante de flagrante de crime permanente.

Como se nota das decisões proferidas pelas instâncias antecedentes, o ingresso domiciliar fora justificado, basicamente, em razão da natureza permanente do crime de tráfico de drogas, que configuraria situação de flagrância.

A abordagem policial foi motivada exclusivamente por denúncia anônima. Ao realizarem busca pessoal no paciente nada de ilícito foi localizado em sua posse. Ainda assim, os agentes coagiram-no a ir à sua residência. Sem mandado judicial e sem elementos indiciários mínimos da materialidade delitiva, ingressaram no domicílio do paciente, onde localizaram entorpecentes e arma de fogo.

3.2. PANORÂMA NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL

HC 175038 AGR / SP

As decisões impugnadas não apontam qualquer elemento indicador da existência de flagrante. Nessa medida, o fundamento das Cortes não atende 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 conforma aos parâmetros da consolidada jurisprudência desta Suprema Corte (Tema 280); tampouco atende 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

HC 175038 AgR / SP

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 criminoso**.

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**, **extraí-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 do ingresso ao domicílio não passa por nenhum dos filtros**.

Pelo cotejo entre a legislação e o caso dos autos, **não há como se extrair das circunstâncias fáticas relatadas pelos agentes de polícia, anteriores à invasão, a existência de fundada razão de hipótese de flagrante delito**.

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

O termo flagrante delito encerra uma noção de *fumus commissi 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 prática 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**.

HC 175038 AgR / SP

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.***

HC 175038 AGR / SP

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 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

HC 175038 AgR / SP

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 válido o ingresso domiciliar apenas pela menção abstrata de que se trata de crime permanente é dar uma permeabilidade demasiada à exceção contida no art. 5º, XI, da CF - solução recusada no julgamento do Tema 280 de repercussão geral, por 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. Tão somente com lastro em denúncia anônima, os agentes de polícia simplesmente

HC 175038 AgR / SP

coagiram o paciente a se deslocar para sua residência porque ele teria indicado endereço residencial diverso.

4. 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 e sem mandado judicial.

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

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal local, verifico que sobreveio sentença que embasou a condenação exclusivamente nas provas que ora invalido.

Com efeito, as provas derivadas da prova ilícita (no caso, o depoimento dos agentes de polícia que fizeram a incursão ao domicílio) 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 paciente, a absolvição é medida imperativa.

5. Ante o exposto, com fulcro nos arts. 317, §2º, e 192, ambos do RISTF, reconsidero a decisão agravada e concedo a ordem para o fim de

HC 175038 AGR / SP

reconhecer a ilegalidade da incursão domiciliar sem mandado judicial, declarar a nulidade das provas que dela advieram, bem como absolver o paciente da imputação descrita nos autos 00030369020168260066, com fulcro no art. 386, II, do CPP.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo de origem, bem como ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao STJ.

Publique-se.

Brasília, 11 de abril de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente