Há (in)fundada suspeita?**Ação Penal e a Fundada Suspeita na visão dos Tribunais Superiores*****Is there (un)founded suspicion?*****Criminal Action and Founded Suspicion in the view of the Superior Courts*****Rodrigo Leventi Guimarães**

Professor no Ensino Superior. Doutorando em Direitos Humanos. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça. Especialista em Direito Público; Especialista em Direito Penal e Processual Penal; Especialista em Direito Civil e Processual Civil; Pós-Graduado no Lato Sensu Master Business Administration em Gestão de Instituições Públicas. Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia. Promotor de Justiça Eleitoral. Tem experiência em Administração Pública e Judiciário. E-mail: rodrigo.leventi@mpro.mp.br.

Resumo

Este artigo analisa o que Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) entendem sobre **fundada suspeita**, prevista no art. 240, §2º, do Código de Processo Penal (CPP), para fins de validade do flagrante. O problema consiste em avaliar se a justa causa pode ser contextualizada no caso concreto ou se está limitada ao abstrativismo normativo. O entendimento de que a justa causa é requisito inexorável da ação, injustificável durante a instrução criminal, gera incertezas processuais. Discorre-se, assim, acerca da materialidade na ação penal. Para tanto, utiliza-se abordagem crítica, examinando-se julgamentos emblemáticos. O marco teórico baseia-se em Capez, Lopes Júnior, e Grinover, quanto às temáticas processuais, e Sanches, Gonçalves, Brasileiro, entre outros, quanto à aplicação dos direitos humanos ao processo penal. A pesquisa é bibliográfica e jurisprudencial. A metodologia é indutiva, possibilitando diagnóstico minucioso, contribuindo com a segurança jurídica. Verificou-se que os elementos do fato podem ser contextualizados durante a instrução processual. Os estudos robustecem o entendimento sobre o impacto do reconhecimento justa causa *a posteriori*, afastando eventuais nulidades nas ações penais.

Palavras-Chaves: direitos fundamentais; garantias; nulidades.

* [Recebido em: 08/07/2024 - Aceito em: 18/11/2024]

Summary

This article analyzes what the STJ and the STF understand about well-founded suspicion, provided for in the CPP, for the purposes of validity of the act. The problem is to assess whether the just cause can be contextualized in the specific case or whether it is limited to normative abstraction. The understanding that just cause is an inexorable requirement of the action, unjustifiable during criminal investigation, generates procedural uncertainties. Thus, we discuss the materiality in criminal action. To this end, a critical approach is used, examining emblematic judgments. The theoretical framework is based on Capez, Lopes Júnior, and Grinover, regarding procedural themes, and Sanches, Gonçalves, Brasileiro, among others, regarding the application of human rights to criminal proceedings. The research is bibliographic and jurisprudential. The methodology is inductive, enabling detailed diagnosis, contributing to legal certainty. It was found that the elements of the fact can be contextualized during the procedural instruction. The studies strengthen the understanding of the impact of just cause recognition a posteriori, ruling out possible nullities in criminal actions.

Keywords: fundamental rights; guarantees; nullities.

Introdução

É certo que não há devido processo legal sem a estrita observância dos direitos fundamentais que estruturam o Estado Democrático de Direito. Afinal, nossa Constituição Federal de 1988 é garantista, possuindo disposições de Direitos Humanos reconhecidas internacionalmente, e deve ser cumprida (Cunha, 2024).

Entretanto, aduz Fischer (2009) que o garantismo penal² foi ampliado à dimensão hiperbólica e desproporcional a ponto de se tornar monocular porque vem sendo aplicado, em especial pelos Tribunais Superiores, apenas em relação à parte passiva da demanda criminal, esquecendo-se de que as vítimas são as protagonistas do processo penal.

Por essa ótica, então, discute-se acerca da distribuição da carga probatória da ação penal; a sua respectiva persecução penal, notadamente pelas forças de segurança pública,

² Para maior aprofundamento sobre a doutrina do Professor italiano Luigi Ferrajoli, sugere-se a leitura de seu clássico livro "Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal". Disponível em diversas plataformas digitais.

e como o conteúdo da expressão fundada suspeita vem sendo delienada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)³.

Num breve estudo acerca da evolução histórica e legislativa, a análise sobre a fase preparatória e o respectivo juízo de admissibilidade, revelou-se a necessidade de soluções diferentes para cada caso, uma vez que o ordenamento processual penal exige, dessa forma, dupla atenção: (I) na análise dos limites formais da ação e (II) do lastro probatório suficiente para sustentar eventual édito condenatório, conforme prevê o artigo 395, incisos I, II e III, respectivamente, do *Codex Processual Penalista*.

Com efeito, o controle judicial da acusação importa em novas tendências a respeito das condições da ação no processo penal e a constatação da justa causa, sob a lente do *probable cause*.

Nessa toada, o problema que se pretende responder é se a justa causa que permite aferir a fundada suspeita deve se ater ao abstrativismo da lei somente na fase preliminar da apuração ou se é possível concluir pela sua existência durante a instrução processual penal, com base nos elementos concretos e contextualizados da ação penal.

Nesse plano, até mesmo os princípios processuais penais da obrigatoriedade e da oportunidade, tão acentuados no oferecimento da ação penal por décadas, passaram por novas tendências jurisprudenciais e legais, merecendo reflexões, ante as alternativas de solução pacífica do conflito penal e seus reflexos nas formas tradicionais de persecução.

A conclusão deste escrito compõe considerações a respeito da ação penal e suas nuances, bem como acerca das medidas assecuratórias e a fundada suspeita que guarnecem a referida *actio* criminalista.

1 Evolução histórica e jurisprudencial acerca da Ação Penal

Em 29 de novembro de 1932, ainda sob regime Imperial, promulgou-se o *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*, contendo disposições provisórias acerca da administração da justiça (curiosamente denominada civil).

Naquele Diploma Legislativo já constavam requisitos para admissibilidade da ação, promovendo-se balizas para promoção da queixa ou da denúncia. Com efeito, a disposição

³A exemplo, citam-se os emblemáticos *cases* julgados no Superior Tribunal de Justiça: o Resp 1.343.402/SP e HC 889.618/MG, e no Supremo Tribunal Federal, o Agravo em Recurso Extraordinário 1.411.272/SC e Recurso Extraordinário 1.447374/MS.

do CPP Imperial, regulamentador do *start* processual, exigia: (I) a exposição do fato criminoso; (II) nome do “delinquente” ou sinais característicos; as (III) razões de convicção, entre outros requisitos estabelecidos no artigo 79⁴ do referido *codex*.

Após aproximadamente 9 (nove) anos, adveio a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Penal Imperial, tornando-o meio para resolução de conflitos e de se estabelecer a jurisdição. E, na conjugação com as linhas escritas por Capez (2012), o processo é, portanto, um dos modos de solução do conflito de interesses, caracterizado pela lide penal. Também é o meio de exercício da ação penal e instrumento de resolução de litígio.

Pode-se dizer que o processo penal é de extrema importância para o âmbito jurídico, possuindo legislação própria e previsão constitucional.

A relevância desse entendimento histórico tem o potencial de modificar o destino do julgamento da lide penal, uma vez que se verificam – por intermédio da interpretação histórico-sistemática – as possibilidades de se exercer políticas criminais que encontram as melhores respostas para o caso concreto.

O princípio da insignificância, também conhecido como bagatela, nasceu assim, isto é, de política criminal manejada pelo Poder Judiciário, e que tem o condão de alcançar a própria materialidade delitiva, conforme vasta e consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵.

Com base no entendimento acima, torna-se possível inclusive afastar a **justa causa da ação**, já que se a própria tipicidade resta inexistente, com igual razão, o próprio exercício da ação não merece prosperar.

Na toada das atividades legislativas e em que pese existir Projeto de Lei para o novo Código de Processo Penal, o atual Diploma Processualista Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 1941) incorporou ideias iluministas garantistas, que visam torná-lo mais célere, moldando-se à razoável duração do processo (artigo 5º, LXXXVIII, CF/88).

Assim, a exordial acusatória – seja denúncia ou queixa – deverá lastrear-se na exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, na forma do artigo 41 (CPP),

⁴ Vide LIM de 29.11.1832: Art. 79. A queixa, ou denuncia deve conter: § 1º O facto criminoso com todas as suas circunstancias. § 2º O valor provavel do damno soffrido. § 3º O nome do delinquente, ou os signaes caracteristicos, se fôr desconhecido. § 4º As razões de convicção, ou presumpção. § 5º Nomeação de todos os informantes, e testemunhas. § 6º O tempo, e o lugar, em que foi o crime perpetrado.

⁵ Cite-se, por exemplo, o voto lavrado pelo eminente Ministro Celso de Mello no HC 155920 AGR/MG.

inserindo-se, nesse contexto, os atos praticados pelo réu que implique **fundada suspeita**, prestigiando-se exercício amplo de defesa e seus respectivos consectários.

Assim, restou superada a Era Getulista com o advento do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, tratando-se de evolução jurisprudencial abraçada pelo legislador ordinário, consubstanciada na melhor instrumentalização dos limites de atuação estatal, cuja lente faz enxergar maior segurança jurídica no poder-dever de punir o crime.

2 O controle jurisdicional da Ação Penal

Dentre as inúmeras alterações normativas para aperfeiçoar o controle jurisdicional da ação penal, destaca-se a promovida pela Lei Federal nº 11.719, de 20 de junho de 2008, cuja finalidade foi a de alterar os dispositivos que tratam da suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos, incidindo sob o já mencionado artigo 395.

A novidade concentrou-se na inépcia da peça acusatória (inciso I do artigo 395), que, para o *ex professo* Eugênio Pacelli (2008), “é a acusação que diminui o exercício da ampla defesa, seja por ineficiência na descrição dos fatos, seja pela ausência de identificação precisa dos autores ou ausência de *justa causa*”. Ou seja, há relação direta quanto à produção da prova de materialidade delitiva e de sua respectiva autoria.

A relevância da nova redação recai sobre a clareza da distinção entre as causas que não impedem a reabertura da discussão em outro processo, uma vez sanado o vício (incisos I e II), daquela que ostenta a eficácia preclusiva da coisa julgada material (inciso III)⁶.

Quando o Juízo analisa a peça acusatória inaugural, está averiguando, *prima facie*, a reunião de condições necessárias para o desenvolvimento regular do devido processo legal, através da exposição do fato e suas circunstâncias e correspondente tipo penal previsto em nosso ordenamento jurídico, visando, inclusive, proteger o *status* de dignidade do acusado.

Dessa forma, o decisório de rejeição ou trancamento do processo *ab initio*, traduz verdadeiro juízo negativo de admissibilidade, finalizando na aferição das condições

⁶ Melhores esclarecimentos estão no artigo publicado pela Dra. Ariane da Silva Oliveira, intitulado A Rejeição da Denúncia ou Queixa e a absolvição sumária na sistemática da Lei n. 11.719/2008: distinções e implicações. I Jornada de estudos: direito processual penal/ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. _ Brasília: 7 Esmaf. 2009.

genéricas e específicas para o exercício da ação penal, assim como dos necessários pressupostos de existência e validade da relação processual (De Lima, 2021).

Significa isso afirmar que o juiz verificará, à luz daquela situação de direito material deduzida pelo autor na petição inicial, se existe possibilidade, em tese, de o interessado ser efetivamente titular de situação amparada por regras de direito material (ou se o autor pode exercer em juízo aquele direito, por autorização expressa do legislador) e se efetivamente necessita da intervenção estatal (Grinover, 1977)⁷.

Para Bonfim (2007), a justa causa consiste na obrigatoriedade de que exista, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca da possível existência de uma infração penal e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito.

É que nesse tempo do processo, a cognição deve ser sumária e limitada, não incutindo nas profundezas da causa, posto que os elementos de informações colhidos até o momento somente terão protagonismo para desencadear a obrigação estatal.

Por fim, a indispensável imparcialidade do Juízo deve ser resguardada, deixando a incursão probatória sobre os detalhes da investigação para a ocasião do contraditório, momento em que o espectro de conhecimento relevará se os fatos apontados na denúncia ou queixa efetivamente aconteceram, inclusive como se revelou a fundada suspeita.

Há estudos indicando que foi pensando nessa norma que se fixou a possibilidade de se obter a *Tutela Antecipada Penal*⁸. Isto é, a sociedade vive constantemente em risco porque está em movimento eterno, de maneira que exige esforços por parte do poder estatal visando prevenir riscos de caráter irreparável. Para preveni-los é que se tem a possibilidade de a fundada suspeita sustentar a tutela penal antecipada.

Há inúmeros exemplos na legislação brasileira, tanto na esfera material (ou seja, da fonte de produção do direito: crimes de perigo abstrato, em que não se exige a materialização do dano para consumá-los), quanto no âmbito processual, a exemplo da tutela antecipada em Revisão Criminal⁹, de maneira que a tutela antecipada em sede criminal vem encontrando seu espaço consolidado.

⁷ Trecho extraído do voto da lavra do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ proferido no Agravo em Recurso Especial Nº 1.355.831 - GO (2018/0223192-0), do colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

⁸ Com maior profundidade, sugere-se Letícia Franchin. A Antecipação da Tutela Penal como Reflexo da Sociedade de Risco. Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo. V. 27. N.1. 2021.

⁹ Detalhes na decisão do STJ: AgRg na RvCr 5.560/DF.

3 O recebimento da Denúncia ou Queixa como ato de controle judicial da justa causa

A denúncia e a queixa submetem-se ao mesmo juízo de admissibilidade, atentando-se que a queixa-crime pode ser subscrita por procurador com poderes especiais, devendo constar tal reserva no respectivo instrumento do mandato, na forma do artigo 44 do CPP.

Tecnicamente, o Código de Processo Penal trata da rejeição da denúncia ou queixa no artigo 395, o qual está conexo com o que dispõe os artigos 396 e 399, posto que, após o exercício do controle da ação penal, inaugura-se o devido processo legal com determinação de citação.

Com a resposta à acusação, tem-se avançado o estágio para o contraditório e ampla defesa à pretensão punitiva do Estado e correspondente audiência de instrução e julgamento, cuja solenidade servirá para produção da prova em Juízo (pelo cotidiano forense: a oitiva da vítima e coleta dos depoimentos das testemunhas) e submissão dos elementos de informações aos crivos constitucionais.

Salienta-se que as hipóteses de absolvição sumária, previstas atualmente no artigo 397 do CPP, embora sejam próximas daquelas previstas para rejeição da denúncia ou queixa, conferem notoriamente maior liberdade jurisdicional, tratando-se de julgamento antecipado da lide penal¹⁰.

Em vários institutos similares no direito estrangeiro, verificaram-se disposições que tratam do recebimento da denúncia como forma de controle estatal sobre a ação penal, sendo que alguns são mais elásticos quanto às partes e ao próprio objeto do processo, e outros mais estreitos, limitando-se a poucas formalidades¹¹.

Para Bonfim (2017), é possível, em situações excepcionais, a rejeição parcial da exordial acusatória como controle judicial, citando, ainda, os seguintes precedentes do STF:

¹⁰ Pedro Rubim Borges Fortes, Promotor de Justiça do MPRJ, trata do tema anotando que é impossível o julgamento antecipado da lide penal com pedido condenatório. Ver maiores detalhes em Julgamento antecipado da lide penal. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2784909/Pedro_Rubim_Borges_Fortes.pdf. Acesso em 20 jun. 24.

¹¹ O direito comparado será estudado com mais ênfase em capítulo próprio. Todavia, para fins didáticos segue a lista de consulta: ALEMANHA. Código de Processo Penal (Strafprozeßordnung). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>; ESPANHA. Ley de enjuiciamiento criminal. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE18826036&p=20151006&tn=1#a105>; FRANÇA. Code de procédure pénale. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>; ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf. Acesso em 25 maio 2023.

HC 69.578/PE; STJ:RHC 11.117/SP e HC 1.160/PE, e também do STJ: REsp, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 1o.12.1997, p. 628.

A decisão que não recebe a denúncia ou queixa está sujeita ao recurso em sentido estrito, conforme previsão taxativa do artigo 581, I, do CPP. Importante observar que o art. 82 da Lei Federal n. 9.099/95, que trata das infrações penais de menor potencial ofensivo, anota que a decisão se submete à apelação, devendo ser estabelecido o necessário contraditório.

Nesse sentido, segue entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal pelo enunciado 707, aduzindo que constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.

Dessa forma, *mutatis mutandis*, ensejará o recebimento da peça inicial o acordo que provê o recurso contra a rejeição da denúncia, “*salvo quando nula a decisão de primeiro grau*” (Súmula 709 do STF). Em regra, o ato de recebimento da denúncia não exige fundamentação na forma do artigo 93, X, da Constituição Federal, ante ser de natureza formal, cuja análise para averiguar se resta demonstrada a fundada suspeita para providências cautelares e probatórias fica reservada à instrução criminal, onde detalhes poderão ser mais bem esclarecidos, munido do contraditório e ampla defesa.

4 O *pas de nullité sans grief* e a fundada suspeita na visão dos Tribunais Superiores

Dispõe o artigo art. 563 do CPP que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” - *pas de nullite sans grief*.

Ademais, o enunciado da Súmula 523 do STF possui o mesmo entendimento: “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Brasil, 2017, on-line).

De fato, não se sonega que os limites formais do processo conduzem a atuação do dever de perseguir a sanha criminosa. No entanto, o prejuízo do exercício do contraditório e, conseqüentemente, da ampla defesa, constitui-se em ônus probatório de quem o alega, salvo nas hipóteses em que a própria lei e a Constituição já o presumem absoluto.

É nesse plano de validade da prova que se localiza a fundada suspeita, sendo esta para Aury Lopes Júnior (2009), um critério que o legislador deixou vago, sendo impossível

defini-lo legalmente, deixando a cargo dos elementos concretos da causa. Para este professor, o conceito é vago e indeterminado, sendo impreciso por natureza.

Lembre-se que, nesse patamar, são as circunstâncias indicativas do caso concreto que ditam eventuais anormalidades ensejadoras da fundada suspeita, e é por essa razão que somente após a instrução processual detalhes virão à tona para se esclarecer se a hipótese ostenta a justa causa.

Para tanto, insta observar o que dispõe o artigo 244 do CPP, *in verbis*:

A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (Brasil, 1941, on-line).

Com efeito, no HC 889.618/MG, 6ª Turma, o acórdão da lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior, assentou-se que há fundada suspeita e, portanto, a respectiva justa causa, na evasão do acusado, em via pública e em posse de uma sacola que, ao avistar os policiais militares empreendeu fuga, trazia consigo drogas, em infringência ao artigo 33 da Lei Federal n. 11.343/06.

No referido julgamento, citou-se como precedente o RHC n. 158.580/BA, também do STJ, aduzindo que em termos de *standard* probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, exige-se a existência de fundada suspeita (justa causa) baseada em **Juízo de probabilidade**, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto.

Esse critério – circunstâncias concretas da ação – também vem sendo consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do Ag. Reg. HC 230.232/MG, da lavra do Ministro André Mendonça, sobretudo pelos elementos que envolviam a própria conduta de corrêu, que buscou, ativamente, esquivar-se da equipe policial, acelerando o veículo e ignorando ordem de parada, em clara tentativa de fuga da polícia.

Aliás, no âmbito do STF, esse entendimento já tem alcançado maior maturidade e estabilização (HC nº 168.754/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 11/05/2020, p. 22/06/2020; e RHC nº 117.767/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 11/10/2016, p. 02/08/2017).

Em caso de lógica jurídica similar, após decisão concessiva de HC, o Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) aportou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) o Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.411.272, com o objetivo de restabelecer a legalidade

da apreensão de quase uma tonelada de maconha, já que o Tribunal da Cidadania invalidou as provas obtidas pela Polícia Militar, sob o fundamento de que o ingresso dos policiais no imóvel, sem mandado de busca e apreensão, seria irregular por não conter fundada suspeita.

Entretanto, o caso concreto revelou o estado de flagrância na ocasião da entrada dos policiais militares na residência do agente, argumentando-se que a abordagem se pautou em fundadas razões acerca da ocorrência de flagrante do crime de tráfico de drogas, consubstanciadas na denúncia informando a entrega de carga de drogas, em conjunto com o conhecimento prévio de que o imóvel já vinha sendo utilizado pela organização criminosa para a prática do narcotráfico, bem como na visualização de um fardo de droga no imóvel.

Na oportunidade, o Ministro Alexandre de Moraes concluiu que os argumentos utilizados pelo STJ não demonstraram ilicitude da diligência policial, registrando-se que os policiais, no caso, observaram o dever de permear suas ações motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indicavam a ocorrência de crime, em especial pelas informações recebidas pelo setor de inteligência da Polícia.

Essa linha de entendimento vem revertendo certa sedimentação do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se, por exemplo, o caso julgado no Recurso Extraordinário n. 1.447.374/MS, em que se entendeu preenchido o requisito da fundada suspeita.

In casu, a prisão em flagrante revelou que os policiais estavam em patrulhamento quando receberam uma denúncia anônima, segundo a qual um indivíduo estaria portando tabletes de “maconha”, e ao chegarem no local, o ora embargante, sendo avistado, demonstrou nervosismo e empreendeu fuga, comportamento que, diante de representar fortes indícios da prática de ilícito extremamente grave (tráfico de drogas), levou os agentes a ingressarem no recinto, onde admitiu que guardava em depósito grande quantidade de drogas.

No Recurso Extraordinário nº 1.342.077/SP, o Supremo Tribunal Federal reverteu acórdão proferido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, à unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus* para absolver o paciente, em virtude da anulação das provas decorrentes do ingresso desautorizado em seu domicílio, aduzindo a inexistência da fundada suspeita.

Na ocasião, o Ministro Alexandre de Moraes decidiu que o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas

razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão.

Explicou sua Excelência que:

[...] apenas quando o **contexto fático** anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. [...] O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), 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*” (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). [...] As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude ‘suspeita’, ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente [...] (Brasil, 2021, p. 2, 3-4).

Como uma pá de cal neste estudo, quanto à necessidade de elementos concretos de cada caso, o Supremo Tribunal Federal, no RHC nº 229.514/PE, acentuou que:

[...] se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública [...] (Brasil, 2001, p. 4-5).

Dos julgados analisados, verificou-se um denominador comum: é o comportamento do suspeito, sob a ótica do Juízo de probabilidade, que revela se há (ou não) elementos concretos para justificar a **fundada suspeita**.

Conclui-se, por outro lado, que tais circunstâncias não podem, de igual maneira, ser subvalorizadas pelo Juízo da instrução, o qual deve levar em consideração os elementos catalizados pelos policiais ou testemunhas que cumpriram seu papel de prevenção ou contenção da prática delitiva.

5 O Ministério Público de Rondônia e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616/RO: Tema 280 do Excelso Supremo Tribunal Federal: controle judicial a *posteriori*

O Recurso Extraordinário em epígrafe foi julgado com o qualificativo de **representativo da controvérsia**, isto é, com carga vinculante sobre casos similares, cuja discordância exige a fundamentação do *distinguish*.

De relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, constou que são ilícitas as provas obtidas mediante a invasão do respectivo domicílio por autoridades policiais, pois ausente o necessário mandado de busca e apreensão. Dessa forma, entendeu o Recorrente, na oportunidade, ter sido violado o art. 5º da CF, considerados os incisos LVI, também do Texto Magno, tendo em vista a alegação de que a sentença condenatória se baseou apenas nas provas obtidas na fase de inquérito policial.

Inclusive, as Defensorias Públicas do Estado de Rio de Janeiro (DPERJ) e de São Paulo (DPESP) foram admitidas no processo na qualidade de *amicus curiae*, em razão da repercussão geral reconhecida na causa.

Insta registrar que o limite objetivo da causa trata dos limites da cláusula de inviolabilidade do domicílio, inclusive sob a ótica do resgate histórico do aludido direito fundamental, a partir da Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, adotada em 1792¹².

Nesse contexto, o relator aduz que são três as categorias que regem a multicitada cláusula fundamental, quais sejam: (I) a que prevê competência para controlar eventuais arbitrariedades; (II) as que autorizam a invasão ao domicílio mediante ordem judicial, sem exceções; e, (III), as que admitem a invasão ao domicílio, com exceções. Cita exemplos de Constituições na forma comparada com outros Estados soberanos.

In casu, a Constituição Federal estabeleceu quatro exceções à inviolabilidade: (I) flagrante delito; (II) desastre, (III) prestação de socorro, (IV) determinação judicial, sendo que, conforme o aludido acórdão, a busca e apreensão domiciliar é medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal, e abusos podem ocorrer, tanto na tomada da decisão de entrada forçada quanto na execução da medida.

¹² Recomenda-se a leitura do inteiro teor do respectivo voto, onde consta a origem histórica da inviolabilidade do domicílio com maior ênfase, nos seguintes moldes: "O direito das pessoas a estarem seguras em suas (...) casas, (...) contra buscas e apreensões não razoáveis, não será violado, e nenhum mandado deverá ser expedido sem causa provável, confirmada por juramento ou afirmação, e com descrição pormenorizada do lugar a ser buscado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. No original: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".

Feitas as considerações acerca da natureza jurídica fundamental e humanitária do direito à inviolabilidade de domicílio, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no momento é de que, se dentro da casa está ocorrendo um crime permanente, é viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independentemente de determinação judicial (RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 9.3.2010; RHC 117.159, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.11.2013; RHC 121.419, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 2.9.2014). No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – RHC 40.796, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 8.5.2014; AgRg no AREsp 417.637, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9.12.2014.

Em todos os precedentes acima, fez-se registrar que o caso brasileiro reconhece exceções baseadas em **fundada suspeita**, de modo a dispensar o controle judicial precoce em face da urgência em fazer cessar a prática de crime e na evidência de autoria.

Quer-se dizer, não é que não haverá controle. Este será realizado *a posteriori*, ou seja, no momento da instrução criminal. Há autores, a exemplo de Renato Brasileiro (2020), que aduzem ser possível, em caso de ilegalidade chapada, seja tal análise realizada no momento da solenidade da custódia daquele que foi preso em flagrante delito.

Insta anotar que a urgência, nas hipóteses excepcionais, é presumida pela própria constituição, com o nítido propósito de fazer estancar a reiteração delitiva ou grave ameaça à pessoa.

O fato reconhecido nas instâncias ordinárias representa exatamente a exceção prevista constitucionalmente e capitaneada pela jurisprudência dominante:

[...] Assim, voltando ao exemplo da droga mantida em depósito em residência, se o policial obtém, mediante denúncia anônima, a informação de que a droga está naquela casa, não poderá pedir mandado judicial, porque ninguém se responsabilizou validamente pela declaração – art. 5º, IV, CF. No entanto, poderá forçar a entrada na casa e fazer a prisão em flagrante. Se, eventualmente, vier a ser indagado, poderá pretextar que soube da localização da droga por informações de inteligência policial. De qualquer forma, a solidez das informações que levaram ao ingresso forçado não é analisada [...] 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, art. 240, §1º, do CPP**. Trata-se de exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas (Brasil, 2015, p. 16-17).

Há que se mencionar que o artigo 240, §1º, deve ser lido juntamente com os artigos 302 e 303, todos do CPP, em que se obrigam as autoridades e agentes de polícia a

procederem ao flagrante, não havendo margem de discricionariedade para proceder à prisão em flagrante. Essa elasticidade (análise discricionária) pertence tão somente a qualquer do povo.

Considerando, então, que o autor do delito no caso *sub judice* mantinha sob sua guarda drogas ilícitas (cerca de 9kg de entorpecente), quando foi abordado em seu veículo, e realizada a revista e busca, houve prisão em flagrante, sustentada pela **fundada suspeita**, cuja justa causa foi reconhecida com base em elementos concretos que excepcionassem a necessidade da prévia ordem judicial autorizativa, incidindo, então, a jurisprudência prevalecente do Pretório Excelso.

Conclusão

Em conclusão, verifica-se da interpretação dos dispositivos acima elencados, e após a análise jurisprudencial dos acórdãos emblemáticos e acima citados, que as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal entendem que os conceitos de **fundada suspeita** e **justa causa** são preenchidos quando amparados em razões devidamente justificadas a *posteriori*, isto é, durante a instrução processual, que deve indicar a situação flagrancial delitiva, não se desconsiderando que eventuais excessos serão apurados por responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, bem como da natural nulidade dos atos praticados, em razão da violação constitucional.

Concluiu-se também que os elementos concretos são delineados em contexto com a exigência compatível com a fase preliminar, isto é, de obtenção de provas, sendo que a incursão profunda será apurada no momento da instrução processual penal, e não na solenidade de custódia ou no ato de recebimento da denúncia ou da queixa-crime.

Com efeito, a fundada suspeita ou justa causa para desencadear a ação penal não se limita ao abstrativismo da lei, de maneira que o caso concreto fornecerá informes ou elementos individualizados para nutrir os requisitos da denúncia ou da instrução probatória, aptos a sustentar o édito condenatório.

Por fim, também se conclui que somente em casos de violação chapada é que se reconhecerá a ausência de justa causa ou/e de fundada suspeita no recebimento da denúncia ou queixa-crime, assim como na respectiva audiência de custódia da pessoa presa em flagrante.

Referências Bibliográficas

- ALEMANHA. **Código de Processo Penal (Strafprozeßordnung)**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>. Acesso em 01 jun 2023.
- BRASIL. Ação Penal. Glossário. **Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8251-acao-penal#:~:text=Ela%20%C3%A9%20privada%20quando%20%C3%A9,de%20crime%20contra%20a%20honra>. Acesso em 01 jun 2023.
- BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832**. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 20 maio 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1969]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false>. Acesso em: 20 maio 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1342077/SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Rodrigo de Oliveira Fernandes. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 02 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1260758/false>. Acesso em: 27 maio 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 603616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de novembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347757/false>. Acesso em: 5 jun. 2024.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144.
- BONFIM, Edilson M. **Código de Processo Penal Anotado**. 6ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, (6ª edição). Editora Saraiva, 2017.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (30ª edição). Editora Saraiva, 2023.
- Cunha, Rogério Sanches; Pinto, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados Artigo por Artigo (CPP + LEP)**. Imprensa: Salvador, Juspodivm. 2024.

Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. Imprensa: São Paulo, JusPODIVM, 2021.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em:
http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html
Acesso em: 11 set. 2023.

FRANÇA. **Código de Procédure Pénale**. Disponível em:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>

GRINOVER, Ada Pelegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 73.

ITÁLIA. **Constituzione dela Repubblica Italiana**. Disponível em:
http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Constituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 159.